Johannes-Leopold von Ohnesorge

DIE KAUFMANNSEIGENSCHAFT DER SOGENANNTEN ZIVILAKTIENGESELLSCHAFTEN ZIVILKOMMANDIT-GESELLSCHAFTEN AUF AKTIEN UND ZIVILGESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER WIRTSCHAFTSPRÜFUNGS- UND STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFTEN

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547208_0019

DIE KAUFMANNSEIGENSCHAFT DER SOGENANNTEN ZIVILAKTIENGESELLSCHAFTEN, ZIVILKOMMANDITGESELLSCHAFTEN AUF AKTIEN UND ZIVILGESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER WIRTSCHAFTSPRÜFUNGS-UND STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Johannes-Leopold von Ohnesorge
aus Dresden

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter
Dekan: Prof. Dr. Achterberg
Tag der mündlichen Prüfung: 16. 2. 1977

Inhaltsübersicht

Seite

A. Einleitung

§ 1. Einleitung und Abgrenzung des Themas 1

B. Hauptteil

1. Abschnitt

Darstellung und Kritik der bisherigen Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Lehre 5

§ 2. Zwei beispielhafte von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedene Fallgruppen 5

I. Die qualifizierten Mitarbeiter einer Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft 5
1. Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts 6
2. Die Rechtsprechung des LAG Düsseldorf und des Bundesarbeitsgerichts 8
a) Das Urteil des LAG Düsseldorf vom 28. Oktober 1955 8
b) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage von Wettbewerbsverboten bei den WP- und StB-Gesellschaften 9
c) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage von Wettbewerbsverboten mit Angestellten außerhalb einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH 12
3. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. März 1967 14

II. Die Verjährung bei Leistungen für den Betrieb einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH 15

III. Schlußfolgerung und Zusammenfassung 17

§ 3. Die bisherigen dogmatischen Begründungsversuche zur Interpretation von § 6 I HGB und ihre Kritik 17

I. Der Standpunkt der herrschenden Meinung 17

II. Der Standpunkt der Mindermeinung 22

§ 4. Kritik der bisherigen Begründungsversuche zur Interpretation des § 6 I HGB 24

I. Die Prüfung der bislang vorgebrachten Argumente 25
1. Die in § 6 I HGB getroffene Regelung 25
2. Die in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG getroffene Regelung 28

Seite

a) Die Gleichbehandlung von §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG 29
b) Der Gegenstand des Unternehmens der AG und der GmbH 30
aa) Der Gegenstand des Unternehmens und der Zweck der Gesellschaft 31
bb) Die Feststellung des Unternehmensgegenstandes 36
c) Die Einteilung in die Handels-AG oder Handels-GmbH und Zivil-AG oder Zivil-GmbH anhand des Unternehmensgegenstandes 38
d) Die AG und die GmbH als Handelsgesellschaften 42
e) Folgerung und Zusammenfassung 46
3. Die AG und die GmbH als Form- und Vollkaufmann (§ 6 II HGB) 46
4. Der Umfang der Anwendung des Kaufmannsrechts 51
5. Zusammenfassung 54

II. Die Einbeziehung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften in das Handelsrecht 54
1. Die Möglichkeit des Zusammenschlusses von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern zu einer Handelsgesellschaft 55
2. Die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften der WPO und des StBerG über die Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften 58
3. Die berufsrechtliche Stellung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften 59
4. Die Auswirkungen der berufsrechtlichen Stellung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften auf deren Rechtsstellung als Handelsgesellschaften 65
a) Die Stellung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht 66
b) Die Kaufmannseigenschaft der Wirtschaftsprüfungs- sowie der Steuerberatungsgesellschaften und der Betrieb eines Handelsgewerbes 71
c) Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Form der OHG und der KG 73
d) Zusammenfassung 76
5. Ergebnis 76

III. Zusammenfassende Kritik und Schlußfolgerung 77

Seite

2. Abschnitt

Die Behandlung des Problems auf Grund der gesetzlichen Teleologie 80

§ 5. Sinn und Zweck der in § 6 I HGB erfolgten Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH 80

I. Die Bedeutung der Fiktionen der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG für die ratio legis von § 6 I HGB 80

II. Die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG 82

1. Die Feststellung der berührten Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken 82

2. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Rangordnung der berührten Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken 86

a) Die Zweiteilung der AG in Zivilaktiengesellschaften und kaufmännische Aktiengesellschaften in der Zeit vor 1870 87

b) Die Aufhebung der Einteilung der Aktiengesellschaften in Zivil- und Handelsaktiengesellschaften durch die Aktiennovelle 1870 97

aa) Die Ursachen der veränderten Haltung 98

α) Die fehlende Rechtseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts 98

β) Die im Genossenschaftsgesetz von 1868 erfolgte Regelung der handelsrechtlichen Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften 101

γ) Die Befreiung der Zivil-AG vom Konzessionssystem 105

δ) Das Problem der erwerbswirtschaftlichen Zivilaktiengesellschaften 106

ε) Die Eintragung der Zivilaktiengesellschaften in das Handelsregister 109

ζ) Zusammenfassung 110

bb) Die Behandlung der Novelle durch den Reichstag des Norddeutschen Bundes 111

cc) Die Stellungnahme der Literatur 115

dd) Der Umfang der Unterstellung der Zivil-AG unter das Kaufmannsrecht 118

ee) Zusammenfassung 121

Seite

c) Die seit der Aktiennovelle 1870 erfolgten gesetzlichen Regelungen 122
d) Zusammenfassung der durch den Gesetzgeber vorgenommenen Bewertung der betroffenen Interessen 129

III. Die durch Einführung des BGB und des HGB am 1. Januar 1900 eingetretene Rechtslage hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG und der Zivil-GmbH 131
1. Die Voraussetzungen für den Bedeutungswandel einer Norm 132
2. Der Wandel der Normsituation und der objektiven Verhältnisse hinsichtlich der Bedeutung der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG für die Zivil-AG und die Zivil-GmbH 134
a) Das Verhältnis HGB-ADHGB 134
b) Die Gesetzgebung über den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit 142
c) Der Einfluß des Vereinsrechts des BGB auf das Aktien- und GmbH-Recht 150
d) Schlußfolgerung und Zusammenfassung 155
3. Die Rechtssicherheit als Grund für die Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH 158
a) Die heutige Verkehrsanschauung 159
aa) Die Zahlenentwicklung aller Gesellschaften in Form der AG und der GmbH 160
bb) Die zahlenmäßige Entwicklung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH 163
cc) Die Auswirkungen der Zahlenentwicklung auf die Verkehrsanschauung über die handelsrechtliche Stellung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH 167
b) Die strukturmäßige Gleichheit zwischen der Handels-AG (GmbH) und der Zivil-AG (GmbH) 169
aa) Die Handelsbücher 170
bb) Die Firma 172
cc) Das Handelsregister 173
dd) Zusammenfassende Betrachtung 175
c) Die freiwillige Unterstellung unter das Handelsrecht und die Kontrollfunktion des § 6 I HGB 176
d) Die Rechtsklarheit und die Praktikabilität des anzuwendenden Rechts 178

Seite

e) Zusammenfassung und Ergebnis der Arbeit 181

C. Anhang

§ 6. Betrachtungen de lege ferenda über die Zulassung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH 185

§ 7. Die Stellung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH im österreichischen Recht 194

Schrifttumsverzeichnis

ADLER-DÜRING-SCHMALTZ: Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, 2.Aufl., Stuttgart 1948, zit. 2.Aufl.;

dies. 3.Aufl., Stuttgart 1957, zit. 3.Aufl.;

dies. Band 2, 4.Aufl., Stuttgart 1971, zit. Adler-Düring-Schmaltz.

AMTLICHE BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF EINES GMBHG: BR-Drucksache 595/71, S. 81-259; siehe auch Regierungsentwurf eines GmbHG.

AMTLICHE BEGRÜNDUNG ZUM AKTG 1937: Begründung zum Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger vom 4. Februar 1937 (Nr. 28).

v. ANDRÉNYI, Maximilian: Das neue Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer, BB 1961, 761 ff.

ANSCHÜTZ-v. VÖLDERNDORFF: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Zweiter Band, Zweite Abtheilung, 2.Aufl., Erlangen 1885.

BÄHR, Otto: Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Leipzig 1892 (Sonderdruck aus dem Grenzboten).

BALLERSTEDT, Kurt: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, 253 ff.

BANDASCH, Georg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., Neuwied/Berlin 1973.

BARTHOLOMEYCZIK, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4.Aufl., Frankfurt a.M. 1967.

BAUMBACH-DUDEN: Handelsgesetzbuch, Kommentar, 12.Aufl., München und Berlin 1956, zit. 12.Aufl.;

dies. Handelsgesetzbuch, Kommentar, 21.Aufl., München 1974.

BAUMBACH-HUECK: Aktiengesetz, 13.Aufl., München 1968, zit. AktG;

BAUMBACH-HUECK: GmbH-Gesetz, 11. Aufl., München und Berlin 1964, zit. GmbHG, 11. Aufl.;

dies. GmbH-Gesetz, 13. Aufl., München 1970, zit. GmbHG.

BEHREND, Jacob Friedrich: Lehrbuch des Handelsrechts, Erster Band, Abteilung II, Berlin 1896.

BERICHT DES WIRTSCHAFTSAUSSCHUSSES (BERICHTERSTATTER ABG. LANGE): Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses (16. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung)-Drucksachen 201, 2565, Nachtrag zu 2565 - und den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über eine Berufsordnung der vereidigten Buchprüfer (Buchprüferordnung) - Drucksachen 202, 2565, Nachtrag zu 2565 -, Bericht des Abgeordneten Lange (Essen), zu Drucksache 2565, Deutscher Bundestag,3. Wahlperiode;

ders. Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses (16. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten (Steuerberatungsgesetz)-Drucksachen 128, 2859 -, Bericht des Abgeordneten Lange (Essen), zu Drucksache 2859, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode.

BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Bundesrichtern des Bundesgerichtshofs, 7. Lieferung (§§ 662-687), 12.Aufl., Berlin-New York 1974; zit. Bearbeiter in BGB-RGRK.

BÖSSELMANN, Kurt: Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19. Jahrhundert, Berlin 1939.

BRAND, Arthur: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911.

BRODMANN, Erich: Aktienrecht, Kommentar, Berlin und Leipzig 1928, zit. AktR;

ders. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin und Leipzig 1930, zit. GmbHG.

BRONISCH-CUNTZ-SASSE-STARKE: Recht der Versicherungen, Teil C VIII/3, in: Der Wirtschafts-Kommentar, Loseblattkommentar, Frankfurt 1966.

BRUCK, Ernst: Das Privatversicherungsrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.

BUCHNER, Herbert: Anmerkung zum Urteil des BAG vom 2.Mai 1970 - 3 AZR 134/69 -, AP Nr. 26 zu § 74 HGB betr. Wettbewerbsverbot.

BUCHWALD-TIEFENBACHER: Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, 4.Aufl., Heidelberg 1971.

BÜCKER-FLÜRENBROCK, Kurt: Wirtschaftliche Betätigung unter der Rechtsform des eingetragenen Vereins, Jur. Diss., Münster 1963.

BÜHRING, Heinz: Steuerberatungsgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1961.

CANARIS, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964;

ders. Anmerkung zum Urteil des BAG vom 13. September 1969 - 3 AZR 138/68 -, SAE 1971, 106, 111 betr. Wettbewerbsklausel;

ders. Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6. Januar 1971 - 3 AZR 384/70 -, SAE 1972, 20 betr. Mandantenschutzklausel.

CAPELLE, Karl-Hermann: Handelsrecht, Ein Studienbuch, 17. Aufl., München 1975.

CRÜGER-CRECELIUS: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6.Aufl., Berlin und Leipzig 1922.

DENEKE, J.F. Volrad: Die freien Berufe, Stuttgart 1956.

DENKSCHRIFT ZUM HGB I:
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.

DENKSCHRIFT ZUM HGB II:
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes, abgedruckt bei Hahn-Mugdan, S. 189-453.

DERNBURG, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 2. Band, 1. Abtl., 1. Aufl., Halle a.S. 1878, zit. 1.Aufl.;

ders. 2. Band, 2.Aufl., Halle a.S. 1880, zit. 2.Aufl.

DUDEN, Konrad: Für ein Bundesstiftungsgesetz, JZ 1968, 1 ff.

DÜRINGER-HACHENBURG: Das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil, 3.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1934, zit. Bearbeiter in Düringer-Hachenburg.

EBERSBACH, Harry: Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972.

ECKARDT, Karl-August: Studien zu handelsrechtlichen Neuerscheinungen, ZBlHR 1928, 345 ff.

EHRENBERG, Victor: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Zweiter Band, I. Abtl., Leipzig 1914, zit. Handbuch;

ders. Versicherungsrecht, Erster Band, Leipzig 1893, zit. Versicherungsrecht.

ENDEMANN, Wilhelm: Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870, in: Archiv des Norddeutschen Bundes, 1870, Band IV, S. 17, zit. Novelle 1870;

ders. Das Recht der Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Genossenschaften, Heidelberg 1873, zit. Aktiengesellschaften.

ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, Erster Halbband, 15.Aufl., Tübingen 1959.

ENTWURF EINES HANDELSGESETZBUCHES FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN NEBST MOTIVEN:
Erster Theil: Entwurf; Zweiter Theil: Motive, Berlin 1857.

ERMAN, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 6.Aufl., Münster 1975, zit. Erman-Bearbeiter.

ESSER, Josef: Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. unveränderte Aufl., Frankfurt 1969.

FEINE, Hans-Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Victor Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Dritter Band, III. Abteilung, Leipzig 1929. Erschienen auch als Sonderdruck, Leipzig 1929.

FISCHER, Curt: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948.

FISCHER, Rudolf: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, in: Victor Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Dritter Band, I. Abteilung, Leipzig 1916.

FISCHER-HENLE: Bürgerliches Gesetzbuch, 14.Aufl., München 1932.

FLECHTHEIM, Julius, in: Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, Erster Teil, Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmen und Konzerne, Berlin 1928.

FRÄNKEL, Franz: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine volkswirtschaftliche Studie, Tübingen 1915.

FROMM-GOLDBERG: Versicherungsaufsichtsgesetz und Bundesaufsichtsgesetz, Berlin 1966.

FUHR, Eberhard: Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattsammlung, Neuwied, Stand 7. November 1975.

GAREIS, Carl: Modernes Genossenschafts- und Gesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, V. Band, S. 574 ff.

GERHARD, Karl-Heinz: Wirtschaftsprüferordnung, Köln-Berlin-Bonn-München 1961, zit. WPO;

ders. Steuerberatungsgesetz, Köln-Berlin-Bonn-München, 1961, zit. StBerG.

GESSLER-HEFERMEHL-ECKARDT-KROPFF: Aktiengesetz, Kommentar, München 1973, zit. Bearbeiter in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff.

GETZ, Heinrich: Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem, Bonn 1966.

v. GIERKE, Julius: Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit nach deutschem Recht, Stuttgart 1942, zit. VVaG;

ders. Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl., Berlin 1958, zit. Handelsrecht.

v. GIERKE, Otto: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Erster Band, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868, Neudruck Graz 1954, zit. Genossenschaftsrecht;

ders. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, Ein Vortrag, Dresden 1897, zit. Vortrag;

ders. Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, ArchBürgR 19 (1901), 114 ff;

ders. Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2.Aufl., Berlin 1902, zit. Vereine;

ders. Grundzüge des Handelsrechts, in: Encyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Franz von Holtzendorff und Josef Kohler, Erster Band, 6.Aufl., Berlin 1904, S. 889, zit. Holtzendorff-Kohlers-Encyklopädie.

GIERKE-SANDROCK: Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1, 9.Aufl., Berlin-New York 1975.

GLOECKNER, Erich: Die zivilrechtliche Haftung des Wirtschaftsprüfers, Düsseldorf 1967.

GMÜR, Rudolf: Die Emder Handelscompagnien des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 167 ff.

GODIN-WILHELMI: Aktiengesetz, Band I (§§ 1-178), 4.Aufl., Berlin-New York 1971.

GOLDSCHMIDT, Levin: Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft, in: Vermischte Schriften, Zweiter Band, Berlin 1901, S. 321.

GROSSKOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ:
Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band, 1. Halbband (§§ 1-75), 3.Aufl., Berlin 1973; Zweiter Band (§§ 148-178), 3.Aufl., Berlin 1970; zit. Bearbeiter in Großkomm. zum AktG.

GROSSKOMMENTAR ZUM HANDELSGESETZBUCH:
Handelsgesetzbuch, Großkommentar, (begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts), 3.Aufl., Erster Band (§§ 1-104 HGB), Berlin 1967; Dritter Band, Lieferung 1 (§§ 343-351 HGB), Berlin 1968; zit. Bearbeiter in Großkomm. HGB.

HACHENBURG, Max: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (früher Staub-Hachenburg), Erster Band, 5.Aufl., Berlin-Leipzig 1926, zit. GmbHG;

ders. Erster Band, 6.Aufl., Berlin 1956, zit. Bearbeiter in Hachenburg, 6.Aufl.;

ders. Großkommentar, Erster Band, 7.Aufl., Berlin-New York 1975; Zweiter Band, Lieferung 1 (§§ 13-14), 7.Aufl., Berlin-New York 1975; zit. Bearbeiter in Hachenburg.

HÄMMERLE, Hermann: Handelsrecht, Zweiter Band, Handelsgesellschaften, 2.Aufl., Graz/Wien/Köln 1968.

HAGEN, Otto: Haben die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit Kaufmannseigenschaft?, KGBl. 1902, 57;

ders. Versicherungsrecht, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Achter Band, I. Abteilung, Leipzig 1922, zit. Versicherungsrecht.

v. HAHN, Friedrich: Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Erster Band (Art. 1-270 ADHGB), 3.Aufl., Braunschweig 1877; Zweiter Band (Art. 271-431 ADHGB), 2.Aufl., Braunschweig 1875.

HAHN-MUGDAN: Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, herausgegeben von C. Hahn und B. Mugdan, Sechster Band, Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.

HANDBUCH DER GMBH:
Loseblattsammlung, 3.-6.Aufl., Köln 1969 ff, Stand November 1975, zit. Bearbeiter in Handbuch der GmbH.

HEDEMANN, Justus Wilhelm: Der Dresdner Entwurf von 1866, Berlin 1935.

HEFERMEHL, Wolfgang: Anmerkung zum Urteil des BAG vom 12. Dezember 1956 - 2 AZR 11/56 -, AP Nr. 4 zu § 59 HGB (BAG 3, 321) betr. Wettbewerbsklausel bei einer WP-GmbH;

ders. Anmerkung zum Urteil des BAG vom 13. Oktober 1960 - 5 AZR 104/59 -, AP Nr. 17 zu § 74 HGB (BAG 10, 76) betr. Wettbewerbsverbot bei einer WP-GmbH.

HEINSHEIMER, Karl: Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht, 2.Aufl., Berlin 1927.

HEINSHEIMER-GEILER: Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht, 3.Aufl., Berlin 1930.

HELD, Günter: Rechtsformen zulässiger Kartelle, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

HERSCHEL, Wilhelm: Freier Beruf und Arbeitsverhältnis, Heidelberg 1964.

HEYMANN-KÖTTER: Handelsgesetzbuch, 4.Aufl. (21. Gesamtauflage), Berlin-New York 1971.

HGB-RGRK: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Erster Band, 1.Aufl., Berlin 1940, zit. 1.Aufl.;

dies. Erster Band, 2.Aufl., Berlin 1953, Dritter Band, Berlin 1963; zit. Bearbeiter in HGB-RGRK.

HÖPPNER, Martin: Problematik und Widersprüche der Wirtschaftsprüferordnung, BB 1961, 1209 ff;

ders. Problematik und Widersprüche der Wirtschaftsprüferordnung, DB 1962, 105 ff.

HOFMANN, Paul: Wettbewerbsabreden mit technischen Angestellten, NJW 1969, 1985 ff;

ders. Anmerkung zum Urteil des BAG vom 2.August 1971 - 3 AZR 12/71 -, AP Nr. 27 zu § 74 HGB betr. Wettbewerbsverbot.

HUBER, Ernst-Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band, 2.Aufl., Tübingen 1953.

HUECK, Alfred: Anmerkung zum Urteil des RAG vom 22. März 1939 - RAG 177/38 - (ARS 36, 264) in ARS 36, 276 betr. Wettbewerbsverbot eines bei einer WP-AG angestellten Wirtschaftsprüfers;

ders. Gesellschaftsrecht, 17.Aufl., bearbeitet von Götz Hueck, München 1975.

HUECK-NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1963.

JÄCKEL, Günther: Die Unabhängigkeit der Abschlußprüfer bei der Pflichtprüfung von Aktiengesellschaften der "öffentlichen Hand", Hamburg-Berlin-Bonn 1960.

JAGUSCH, Heinrich: Rechtsnorm und Normsituation, SJZ 1947, 295 ff.

JOLLY, Julius: Das Recht der Actiengesellschaften, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft XI (1847), 317 ff.

KASTNER, Walther: Das österreichische Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 31. März 1965, Frankfurt a.M. und Berlin 1965.

KEYSSNER, Hugo: Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1873, zit. Aktiengesellschaften;

ders. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft, Stuttgart 1878, zit. ADHGB;

ders. Österreichische Verordnung der Ministerien des Innern, der Finanzen, des Handels, der Justiz und des Ackerbaues vom 20. September 1899, ZHR 49 (1900), 308 ff.

KISCH, Wilhelm: Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, Berlin 1951.

KLÖCKER-MITTELSTEINER-GEHRE: Handbuch der Steuerberatung, Loseblattsammlung, Bonn-München, Stand April 1974.

KOCH, Richard Eduard: Über das belgische Gesetz, die Handels-Gesellschaften betreffend, vom 18. Mai 1873, Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für ein einheitliches deutsches Recht, VIII. Band, S. 1 ff.

KOCH, Waldemar: Der Beruf des Wirtschaftsprüfers, Berlin 1957.

KÖLNER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ:
Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, Band 1, 1. Lieferung (§§ 1-53), Köln-Berlin-Bonn-München 1970; Band 2, 1. Lieferung (§§ 148-178), Köln-Berlin-Bonn-München 1971; zit. Bearbeiter in Kölner Kommentar zum AktG.

KOENIGE, Heinrich: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, 4.Aufl., Berlin 1936.

KOENIGE-PETERSEN: Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen, 3.Aufl., Berlin-Leipzig 1927.

KOLBECK-PETER-RAWALD: Gesetz über Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Kommentar zum Steuerberatungsgesetz, 2. Aufl., Loseblattsammlung, Herne/Berlin 1965 ff, Stand Lieferung Nr. 12/1975.

KREKELER, Hans-Dirk: Besprechung von "Volker Loidl, Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, Köln 1970", ZHR 137 (1973), 91 ff.

KROPFF, Bruno: Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Düsseldorf 1965.

KRUSE, Hermann: Die Aktiengesellschaft mit idealen Zwecken, Göttinger Dissertation, Mülheim a.d.Ruhr 1902.

KÜCHENHOFF, Günther: Anmerkung zum Urteil des BAG vom 26. November 1971 - 3 AZR 220/71 -, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel betr. Mandantenschutzklausel.

LACH, Michael: Formen freiberuflicher Zusammenarbeit. Der Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht, Standes- und Berufsrechten sowie den Notwendigkeiten gesellschaftlicher Zusammenarbeit, Dissertation, München 1970.

LANDMANN-ROHMER-EYERMANN-FRÖHLER: Gewerbeordnung, Kommentar, 12.Aufl., Loseblattsammlung, München 1963 ff, Stand Anfang 1969.

LANGE, Heinrich: BGB, Allgemeiner Teil, 15.Aufl., München 1974.

LANG-WEIDMÜLLER: Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 30.Aufl., Berlin-New York 1974.

LARENZ, Karl: Der "Bedeutungswandel" der Rechtsnormen und seine Berücksichtigung in der Rechtsprechung, DRiZ 1959, 306 ff;

ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969, zit. Larenz, 2.Aufl.;

ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975.

LEHMANN, Heinrich: Handel und Gewerbe, 3.Aufl., Berlin 1943.

LEHMANN, Karl: Das Recht der Aktiengesellschaften, Band 1, Berlin 1898; unveränderter Neudruck, Aalen 1964.

LEHMANN-DIETZ: Gesellschaftsrecht, 3.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1970.

LEHMANN-HÜBNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16.Aufl., Berlin 1966.

LEHMANN-RING: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Zweiter Band, 2.Aufl., Berlin 1913.

LIEBMANN, Jakob: Besprechung von "Justizrat Dr. Hermann Staub, Kommentar betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1903", HoldhMSchr 1904, 7 ff.

LIEBMANN-SAENGER: Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7.Aufl., Berlin 1927.

LIMBACH, Jutta: Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berlin 1966.

LINDENBERG, Heinrich: Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Wirtschaftsprüferordnung, BB 1961, 1284 ff.

LOHMANN, Manfred: Zur Befugnis von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zur Durchführung von Pflichtprüfungen, DB 1962, 277 ff.

LOIDL, Volker: Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, Köln 1970.

LOSERT-SCHIEMER-STADLER: Aktiengesetz 1965, Wien 1966.

LÖWENFELD, Hermann: Das Recht der Actien-Gesellschaften, Berlin 1879.

LÜDTKE-HANDJERY, Christian: Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand der GmbH u. Co, BB 1973, 68 ff.

MAASSEN, Kurt: Das Recht der Steuerberatung, Stuttgart 1956.

MAHLMANN, Wilfried: Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, Köln-Berlin-Bonn-München 1971.

MAKOWER, Hans: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl., bearbeitet von F. Makower, Berlin 1906.

MANES-HAGEN: Das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901, 2. Aufl., Tübingen 1909.

MEESKE/HOFMANN: Der Prokurist, 3.Aufl., Heidelberg 1972.

MERZBACHER-KRAKENBERGER: Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 9.Aufl., München 1928.

MÖHLE, Fritz D.: Das Berufsbild des Wirtschaftsprüfers, Wpg 1962, 197 ff.

MÖHRING-SCHWARTZ-ROWEDDER-HABERLANDT: Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1966.

MOLLE, Konrad: Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Commanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1875.

MOTIVE ZUM GMBHG:
Reichstagsverhandlungen 1890/92, Stenographische Berichte, Fünfter Anlagenband, Drucksache Nr. 660, S. 3715, Berlin 1892.

MOTIVE ZUM PREUSS. ENTW. 1857:
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten nebst Motiven, Zweiter Teil: Motive, Berlin 1857.

MOTIVE ZUM VAG:
Reichstagsverhandlungen 1900/02, Stenographische Berichte, Erster Anlagenband, Aktenstück Nr. 5, S. 167, Berlin 1900.

MOTIVE ZUR AKTIENNOVELLE 1870:
Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1870, Stenographische Berichte, Vierter Band, Aktenstück Nr. 158, S. 645, Berlin 1870.

MOTIVE ZUR AKTIENNOVELLE 1884:
Reichstagsverhandlungen 1884, Stenographische Berichte, Dritter Band, S. 233-413, Berlin 1884.

MÜLLER, Albert: Sind die Kaufmannsgerichte für Streitigkeiten zwischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und ihren Angestellten zuständig?, JW 1905, 711 ff.

MÜLLER, Hanswerner: Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2.Aufl., Köln und Berlin 1968.

MÜLLER, Wolfgang: Die Einbeziehung der Freien Berufe in das Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Arzt, Apotheker, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Architekt, Dissertation, Berlin 1968.

MÜLLER-ERZBACH: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3.Aufl., Tübingen 1928.

MUTZE, Otto: Steuerberater - Steuerbevollmächtigter, Handbuch, Loseblattsammlung,Die Praxis der gesamten Steuerberatung, Bielefeld 1970 ff, Stand November 1975.

MUTZE-UECKER: Die Errichtung der Steuerpraxis, Ludwigshafen am Rhein 1957.

NAKE-HOCH-MÜHLHÄUSSER-HAAGA: Kommentar zum Steuerberatungsgesetz, Loseblattsammlung, Stuttgart 1966 ff, Stand Mai 1969.

NEUREGELUNG DES STEUERBERATUNGSWESENS:
Die Neuregelung des Steuerberatungswesens, bearbeitet vom Arbeitsausschuß für betriebliches Steuerwesen der Deutschen Gesellschaft für Betriebswirtschaft, Berlin 1942.

NÜRNBERGER PROTOKOLLE:
Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. v.Lutz, Würzburg 1858-1863.

NUSSBAUM, Arthur: Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs, ZHR 76 (1915), 325 ff.

OERTMANN, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Berlin 1927.

PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 35.Aufl., München 1976, zit. Palandt-Bearbeiter.

PARISIUS, Ludolf: Das preußische Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs= und Wirtschafts= Genossenschaften vom 27. März 1867, Berlin 1868, zit. prGenG.;

ders. Das Genossenschaftsgesetz für den Norddeutschen Bund vom 4. Juli 1868, Berlin 1868, zit. GenG 1868;

ders. Die Genossenschaftsgesetze im Deutschen Reiche, Berlin 1876, zit. Genossenschaftsgesetze.

PARISIUS-CRÜGER: Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 12. Aufl., Berlin und Leipzig 1932, zit. GenG;

dies. Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Darstellung und Kommentar, Berlin 1893, zit. GmbHG.

PAULICK, Heinz: Genossenschaftsrecht-Wettbewerbsordnung-Warenrückvergütung, ZHR 136 (1972), 307 ff;

ders. Handbuch der stillen Gesellschaft, 2.Aufl., Köln 1971.

PETER/RAWALD: Gesetz über Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Kommentar zum Steuerberatungsgesetz, Band I, Herne und Berlin 1961.

PINNER, Albert: Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Vereine auf Aktiengesellschaften, ZHR 50 (1901), 100 ff.

PISKO, Oskar: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923.

PRIMKER, Richard: Die Aktiengesellschaft,in: Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Erster Band, Leipzig 1881, S. 471-685.

PRÖLSS-REIMER SCHMIDT-SASSE: Versicherungsaufsichtsgesetz, Kommentar, 7.Aufl., München 1974.

RAISCH, Peter: Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1962, zit. Abgrenzung;

ders. Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965, zit. Voraussetzungen;

ders. Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und Bürgerlichem Recht, JuS 1967, 533 ff;

RAISCH, Peter: Handelsgesellschaften auf Einlagen als neue Gesellschaftsform für Vereinigungen von Handelsgewerbetreibenden, Landwirten und Angehörigen freier Berufe, in: Festschrift für Alexander Knur, München 1972, S. 165 ff, zit. Festschrift für Knur.

REGIERUNGSENTWURF EINES GMBHG:
Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Begründung, BR-Drucksache 595/71.

REFERENTENENTWURF EINES GMBHG:
Referentenentwurf eines Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 2. unveränderte Aufl., Köln 1969.

REHM, Hermann: Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmen vom 12. Mai 1901, 2.Aufl.,München 1907.

REINHARDT, Rudolf: Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973.

RENAUD, Achilles: Das Recht der Actiengesellschaften, 1.Aufl., Leipzig 1863, zit. 1.Aufl.;

ders. Das Recht der Actiengesellschaften, 2.Aufl., Leipzig 1875, zit. 2.Aufl.

RIESSER, Jacob: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Aktienrecht, DJZ 1900, 132 ff.

RING, Viktor: Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Berlin 1893.

RIPPEL, Franz: Die Satzung der GmbH, Heidelberg 1964.

RITTER, Carl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., München und Berlin 1932.

RITTER-RITTER: Aktiengesetz, 2.Aufl., erläutert von C. Ritter, Berlin-München 1939.

RITTNER, Fritz: Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, Tübingen 1962, zit. Unternehmen;

ders. Teamarbeit bei freien Berufen (Berufs- und Gesellschaftsrecht), StB 1967, 2 ff.

ROSENBERG, Leo: Handelsgerichtsbarkeit, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Erster Band, Leipzig 1913, S.449-520.

SACK, Rolf: Der "vollkaufmännische Idealverein", ZGR 1974, 179 ff.

SANDBERGER/MÜLLER-GRAFF: Die rechtliche Form freiberuflicher Zusammenarbeit, ZRP 1975, 1 ff.

SCHÄUBLE, Wolfgang: Die berufsrechtliche Stellung der Wirtschaftsprüfer in Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Dissertation, Freiburg 1971.

SCHLEGELBERGER, Franz: Handelsgesetzbuch, Kommentar,1.Band,5.Aufl., München 1973; 3. Band, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1965; zit. Schlegelberger-Bearbeiter.

SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI-HERBIG-GESSLER-HEFERMEHL: Aktiengesetz, 3.Aufl., Berlin 1939, zit. Schlegelberger-Quassowski.

SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI-SCHMÖLDER: Verordnung über Aktienrecht vom 15. September 1931 nebst den Durchführungsbestimmungen, Kommentar, Berlin 1932.

SCHLÜTER, Wilfried: Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die "Grundlagen der Gesellschaft", Köln-Berlin-Bonn-München 1965, zit. Vertretungsmacht;

ders. Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, München 1973, zit. Das obiter dictum.

SCHMIDT, Karsten: Zur "Kaufmannsfähigkeit" von Gesamthandsgemeinschaften, JZ 1973, 279 ff;

ders. Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, Bonn 1973, zit. oHG;

ders. Sieben Leitsätze zum Verhältnis zwischen Vereinsrecht und Handelsrecht, ZGR 1975, 477 ff.

SCHMIDT-RIMPLER, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 ff.

SCHNAUBER, Carl: Steuerberatungsgesetz mit Durchführungsbestimmungen, Kommentar, Ludwigshafen am Rhein 1964.

SCHNORR v. CAROLSFELD: Anmerkung zum Urteil des BAG vom 29. April 1966 - 3 AZR 460/65 -, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel (BAG 18, 291) betr. Mandantenschutzklausel.

SCHOLZ, Franz: Kommentar zum GmbHG, 5.Aufl., Köln 1964.

SCHROIF, Bert: Genossenschaftliche Gebilde in der Form des rechtsfähigen Vereins, Göttingen 1965.

SCHRUFF, Lothar: Der Wirtschaftsprüfer und seine Prüfungsmandate, Düsseldorf 1973.

SCHUMANN, Hans: Handelsrecht, Teil III, Wiesbaden 1962.

v. SICHERER, Hermann: Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, Erlangen 1872.

SIEPEN, Karl: Vermögensrecht der klösterlichen Verbände, Paderborn 1963.

SIEVERS, Heinrich: Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, ZHR 48 (1899), 521 ff.

SIMON, Herman Veit: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Aktienrecht, ZHR 49 (1900), 1 ff.

SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, zit. Soergel-Siebert-Bearbeiter.

STAUB, Hermann: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 4.Aufl., Berlin 1896, zit. ADHGB;

ders. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band, 6. und 7.Aufl., Berlin 1900, zit. HGB;

ders. Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1903, zit. GmbHG.

STAUB-HACHENBURG: Staub's Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3.Aufl., Berlin 1909.

STAUB-PINNER: Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band, 14.Aufl., Berlin und Leipzig 1933.

STAUB-PISKO: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich, I. Band, Erster Teil, 3.Aufl., Wien 1935; I. Band, Zweiter Teil, 3.Aufl., Wien 1938.

STAUDINGER: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1936, zit. Staudinger-Bearbeiter, 10.Aufl.;

ders. J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 11.Aufl.,Berlin 1957; II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil (§§ 611-704), 11.Aufl., Berlin 1958; zit. Staudinger-Bearbeiter.

STELLUNGNAHME DER WIRTSCHAFTSPRÜFER: Stellungnahme der Wirtschaftsprüfer zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, BB 1959, 427.

SUDHOFF, Heinrich: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 3.Aufl., München 1973.

TEICHMANN-KOEHLER: Aktiengesetz, Kommentar, 3.Aufl., Heidelberg 1950.

THÖL, Heinrich: Das Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Erster Band, 4.Aufl., Göttingen 1862.

THÜMMEL, Manfred: Wirtschaftsprüferordnung, in: Das Deutsche Bundesrecht, Teil III A, 12, Seite 39.

TITZE, Heinrich: Das Recht des kaufmännischen Personals, Leipzig 1918 (Sonderdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band II, Abteilung 2).

v. TUHR, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Leipzig 1910; Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig 1914.

VOGEL, Hermann: GmbH-Gesetz, Kommentar, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1956.

VOIGT, Helmut: Das System der Körperschaftsbildung als Kriterium der rechtlichen Behandlung privater Vorgesellschaften - dargestellt am Beispiel von Verein und Aktiengesellschaft, Dissertation, Berlin 1969.

VÖLSCHAU, Klaus: Die Verantwortlichkeit des aktienrechtlichen Abschlußprüfers, Dissertation, Hamburg 1966.

WESTRICK, Peter: Abschlußprüfung und Abschlußprüfer nach geltendem und zukünftigem Aktienrecht, Heidelberg 1963.

WIRTSCHAFT und STATISTIK:
Periodische statistische Veröffentlichungen, herausgegeben vom Statistischen Reichsamt in Berlin (ab 1921); später herausgegeben vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden (ab 1949).

WIRTSCHAFTSPRÜFERHANDBUCH 1973, Düsseldorf 1973.

WOLFF, Martin: Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in: Festgabe für Otto Gierke, Zweiter Band, Breslau 1910, S. 115 ff.

WÖRNER, Gerhard: Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Leipzig 1904.

WÜRDINGER, Hans: Aktien- und Konzernrecht, 3.Aufl., Karlsruhe 1973.

ZEHNTER, Richard: Die privatrechtliche Bedeutung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, ArchBürgR 20 (1902), 1 ff.

ZIMMERMANN, Friedrich: Das Gesetz betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften vom 11. Juni 1870, BuschsA XX, 406 ff.

ZITTWITZ, Fritz: Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und das Handelsrecht, Dissertation, Leipzig 1911.

ZÖLLNER, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München/Berlin 1963;

ders. Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28.Januar 1966 - 3 AZR 374/65 -, AP Nr. 18 zu § 74 HGB (BAG 18, 104) betr. Konkurrenzklausel.

ZOO-FESTSCHRIFT, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Westfälischen Zoologischen Gartens zu Münster in Westfalen, Münster i.W. 1900.

Abkürzungsverzeichnis

ADHGB I	Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, von der Redaktionskommission auf der Grundlage der von der Conferenz in erster Lesung gefaßten Beschlüsse bearbeitet, in: Nürnberger Protokolle, Beilagenband, I. Theil, S. 141 ff.
ADHGB II	Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, nach den Beschlüssen der zweiten Lesung, in: Nürnberger Protokolle, Beilagenband, I.Theil, S. 207 ff.
BR Drucks	Bundesrats-Drucksache
BT Drucks	Bundestags-Drucksache
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fußnote
HGB I	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.
HGB II	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897.
öst	österreichisch
PreußE 1857	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1857
R	Rückseite
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
StB	Der Steuerberater (Zeitschrift)
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WPG	Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Im übrigen werden die von Hildebert KIRCHNER (Bibliotheksdirektor am Bundesgerichtshof) in seinem Buch "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache" (2.Aufl., Berlin 1968) vorgeschlagenen Abkürzungen benutzt.

DIE KAUFMANNSEIGENSCHAFT DER SOGENANNTEN ZIVILAKTIENGESELLSCHAFTEN, ZIVILKOMMANDITGESELLSCHAFTEN AUF AKTIEN UND ZIVILGESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER WIRTSCHAFTSPRÜFUNGS- UND STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFTEN

A. E I N L E I T U N G

§ 1. Einleitung und Abgrenzung des Themas

Die vorliegende Arbeit behandelt die Problematik der Kaufmannseigenschaft der Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Untersuchung der Kaufmannseigenschaft bei den Gesellschaften, die kein Handelsgewerbe betreiben. Diese Gesellschaften werden unter Aufnahme einer früher geläufigen Ausdrucksweise Zivilaktiengesellschaften (Zivil-AG), Zivilkommanditgesellschaften auf Aktien (Zivil-KGaA) und Zivilgesellschaften mit beschränkter Haftung (Zivil-GmbH) genannt. Auf das Kaufmannsrecht der Gesellschaften, welche den Betrieb eines Handelsgewerbes zum Gegenstand ihres Unternehmens haben und welche entsprechend dem früheren Sprachgebrauch Handelsaktiengesellschaften (Handels-AG), Handelskommanditgesellschaften auf Aktien (Handels-KGaA) sowie Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftung (Handels-GmbH) genannt werden, wird in der Regel nur vergleichend zur Feststellung etwaiger Unterschiede eingegangen.

Es gibt im Handelsrecht Vereinigungen, welchen - wie es in § 6 II HGB heißt - "das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt". Dazu gehören unter anderem die Aktien-

gesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung[1]. Diese Gesellschaften "gelten" nach §§ 3, 278 III AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG "als Handelsgesellschaften (im Sinne des Handelsgesetzbuches)". Als Handelsgesellschaften erhalten sie mittelbar[2] durch § 6 I HGB die Kaufmannseigenschaft "verliehen"[3]. Erst dadurch finden auch auf sie "die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften" Anwendung, und zwar nach § 6 II i.V.m. § 4 I HGB die Vorschriften des Rechts der Vollkaufleute[4]. Angesichts des Wortlauts von § 6 II HGB, wonach die genannten Gesellschaften unabhängig von dem, was sie betreiben, allein kraft ihrer Rechtsform als Vollkaufleute anzusehen sind (sog. Formkaufleute)[5], sollte man denken, es gebe keine Meinungsverschiedenheiten über die auf sie anzuwendenden Kaufmannsnormen.

Es ist jedoch seit Inkrafttreten des HGB[6] umstritten, ob die für die Einzelkaufleute erlassenen Vorschriften des HGB auch auf die Zivil-AG, Zivil-KGaA[7] und Zivil-GmbH Anwendung

---

1) Des weiteren fallen unter § 6 II HGB die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

2) Vgl. Ehrenberg, Handbuch, S. 103.

3) Dieser von Ehrenberg (Handbuch, S. 102) geprägte Ausdruck ist dem Gesetzeswortlaut von § 6 II HGB "Beilegen" der Eigenschaft eines Kaufmanns aus sprachlichen Gründen vorzuziehen.

4) Die Verleihung der Kaufmannseigenschaft erfolgt bei den eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bereits unmittelbar durch § 17 II GenG (vgl. Ehrenberg, Handbuch, S. 102 f).

5) Seit dem Vorschlag O. v.Gierkes aus dem Jahre 1897 (Vortrag, S. 18) ist der Ausdruck Formkaufmann oder Formkaufleute, zu denen auch die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gezählt werden, die übliche Bezeichnung für die unter § 6 II HGB fallenden Kaufleute (vgl. Ehrenberg, Handbuch, S. 101, FN 2; J. v.Gierke, Handelsrecht, S. 182).

6) Am 1. Januar 1900 (Art.1 I EGHGB i.V.m. § 1 EGBGB).

7) In dieser Arbeit umfaßt der Begriff Aktiengesellschaft (AG) ohne besonderen Hinweis immer auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), da für diese im Rahmen der anstehenden Untersuchungen die gleichen Grundsätze gelten (§§ 3, 278 III AktG).

finden. Hauptstreitgegenstand ist dabei die Frage, ob allein auf die durch § 6 I HGB erfolgte Verleihung der Kaufmannseigenschaft abzustellen ist oder ob trotz dieser formalen Eigenschaft zumindest bei einigen Kaufmannsvorschriften ebenso wie bei den sonstigen Vollkaufleuten[1] noch das zusätzliche Element des tatsächlichen Betreibens eines Handelsgewerbes nach §§ 1 II, 2, 3 II HGB vorliegen muß.

Der Meinungsstreit ist für die praktische Rechtsanwendung dadurch von Bedeutung, daß zu entscheiden ist, ob bei der Zivil-AG und Zivil-GmbH auf die Sachverhalte, für welche das Kaufmannsrecht Sonderregelungen enthält, diese Vorschriften anzuwenden sind oder ob es bei den einschlägigen allgemeinen Regelungen (etwa des BGB) bleibt. So stellt sich z.B. die Frage, ob sich eine Zivil-AG oder eine Zivil-GmbH mündlich verbürgen kann (§ 350 HGB) oder auch hier die Formvorschrift des § 766 BGB zu beachten ist. Ist bei einem Kaufvertrag von einer solchen Gesellschaft zur Geltendmachung der Gewährleistungsrechte § 377 HGB (unverzügliche Rüge) oder § 477 BGB (6-Monatsfrist) zu beachten? Gilt für diese Gesellschaften das Abzahlungsgesetz, weil § 8 AbzG auf sie nicht Anwendung finden kann? Unterliegt ihr "Betrieb" dem Schutz des § 823 I BGB (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb)? Stellt die stille Beteiligung mit einer Vermögenseinlage an einer solchen Gesellschaft eine stille Gesellschaft (§§ 335 ff HGB) oder eine BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) dar? Können sie Erfüllungsorts- und Gerichtsstandsvereinbarungen i.S. der §§ 29 II, 38 I ZPO treffen oder mündlich Schiedsverträge i.S. der §§ 1025 ff ZPO abschließen? Können Prozesse gegen sie beim LG bei der Kammer für Handelssachen anhängig gemacht werden (§ 95 I Nr. 1 GVG)?

In diesem Zusammenhang kommt es interessanterweise sogar vor, daß bei Darlegung des gleichen Problems - ob die bei einer

---

1) Muß-, Soll- und Kannkaufleute nach §§ 1, II, 2, 3 II HGB; offene Handels- und Kommanditgesellschaften.

Steuerberatungs-GmbH angestellten Steuerberater Handlungsgehilfen i.S. der §§ 59 ff HGB sind - derselbe Autor einander sich widersprechende Meinungen vertritt. Einmal[1] legt er das Hauptgewicht auf die kein Handelsgewerbe darstellende Steuerberatung (§ 1 II StBerG). Das andere Mal[2] stellt er allein auf die gesetzlich angeordnete Kaufmannseigenschaft einer solchen Zivil-GmbH ab.

Aufgabe der Arbeit ist es, zunächst die unterschiedlichen Auffassungen über die Bedeutung von § 6 I HGB anhand zweier von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedener Fallgruppen im einzelnen darzulegen. Sodann werden die bisherigen dogmatischen Begründungsversuche zur Auslegung von § 6 I HGB erörtert und kritisch beleuchtet. Dabei wird das Augenmerk insbesondere auf die Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften (WP- bzw. StB-Gesellschaft) gerichtet, die heute im Mittelpunkt des Meinungsstreits über die Auswirkungen der Kaufmannseigenschaft auf eine Zivil-AG und Zivil-GmbH stehen und als das markanteste Beispiel solcher Gesellschaften angesehen werden. In einem weiteren Abschnitt wird untersucht, welcher Sinn und Zweck (ratio legis) der in § 6 I HGB erfolgten Verleihung der Kaufmannseigenschaft auf diese Gesellschaften zugrunde liegen,und so das Ergebnis der anstehenden Untersuchung ermittelt. Zuletzt werden in einem Anhang Betrachtungen de lege ferenda über die Zivil-AG und die Zivil-GmbH angestellt[3] sowie ein kurzer Blick auf die Regelung des anstehenden Problems im österreichischen Recht geworfen.

---

1) Mutze, Kennzahl 425, Bemerkung 3 b.

2) Mutze, Kennzahl 425, Bemerkung 4 d.

3) Nicht eingegangen wird in dieser Arbeit auf den Streit, ob § 3 AktG bereits für die Vorgesellschaft einer Zivil-AG vor Eintragung im Handelsregister gilt (so Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 9; dagegen Godin-Wilhelmi, § 3, Anm. 1).

B. Hauptteil

1. ABSCHNITT

DARSTELLUNG UND KRITIK DER BISHERIGEN BEHANDLUNG DES PROBLEMS IN RECHTSPRECHUNG UND LEHRE

§ 2. Zwei beispielhafte von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedene Fallgruppen

I. Die qualifizierten Mitarbeiter einer Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

In den dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts haben sich in Zusammenhang mit dem Entstehen des Steuerberater-[1] und Wirtschaftsprüferberufes[2] auch Stb-[3] und WP-Gesellschaften[4] unter der Rechtsform der AG oder GmbH entwickelt. Sie wurden für zulässig erachtet. Seitdem hat sich die Rechtsprechung immer wieder - vor allem hinsichtlich einer etwaigen Anwendung der §§ 74 ff HGB - mit der Frage befassen müssen, ob die qualifizierten Mitarbeiter[5] einer solchen Gesellschaft Handlungsgehilfen nach § 59 HGB sind. Das ist deswegen problematisch, weil nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ein Handlungsgehilfe zur Leistung kaufmännischer Dienste in einem Handelsgewerbe angestellt sein muß. Es war aber bereits vor Inkrafttreten der WPO und des StBerG im Jahre 1961 fast allgemein

---

1) Zur Entstehungsgeschichte des Steuerberaterberufes siehe BVerfGE 21, 173, 174 f; 21, 227 f; Mutze, Kennzahl 050.

2) Der Beruf des Wirtschaftsprüfers verdankt sein Entstehen der Einführung der Pflichtprüfung für Aktiengesellschaften im Jahre 1931; vgl. im einzelnen Gerhard, WPO, S. 13 f; Wirtschaftsprüferhandbuch 1973, S. 3; W. Koch, S. 63 ff; Jäckel, S. 9 ff. Allgemein zur Geschichte der Abschlußprüfung von Gesellschaften: Westrick, S. 11 ff.

3) Zur Entstehungsgeschichte der StB-Gesellschaften siehe BVerfGE 21, 227, 228 f; Mutze, Kennzahl 050, Bem.2

4) Neben den Wirtschaftsprüfern wurden 1931 zugleich WP-Gesellschaften zur Vornahme der aktienrechtlichen Pflichtprüfungen zugelassen (Gerhard, WPO, S. 13; Lach, S. 110).

5) Z.B. angestellte Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Revisoren, Steuersachbearbeiter, Rechtsanwälte.

anerkannt[1], daß die Ausübung der Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung wegen der freiberuflichen, eigenverantwortlichen, unabhängigen und Unparteilichkeit[2] erfordernden Tätigkeit kein Gewerbe oder Handelsgewerbe darstellt[3].

Es ist daher von ausschlaggebender Bedeutung, ob man ebenso wie hinsichtlich der Anstellung bei einem einzelnen oder mehreren Steuerberatern bzw. Wirtschaftsprüfern (Sozietät) die freiberufliche Tätigkeit als entscheidend ansieht und deshalb auch bei einer AG oder GmbH die Handlungsgehilfeneigenschaft der qualifizierten Mitarbeiter ablehnt, oder ob man auf die Argumentation abstellt, die StB-AG (WP-AG) oder StB-GmbH (WP-GmbH) sei Kaufmann (§ 6 I HGB) und ihre Tätigkeit stelle damit das Betreiben eines Handelsgewerbes dar.

1. Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts

Soweit ersichtlich, hatte sich erstmals das Reichsarbeitsgericht in seinem Urteil vom 22. März 1939[4] mit der Rechtslage der bei einer WP-AG angestellten Wirtschaftsprüfer zu befassen. Es hatte dabei u.a. die Frage zu entscheiden, ob diese während

---

1) Vgl. zum Beruf des Steuerberaters: Neuregelung des Steuerberatungswesens, S. 70; Mutze-Uecker, S. 13; Maassen, S. 139; a. A. Huber, S. 783.
Vgl. zum Beruf des Wirtschaftsprüfers: W. Koch, S. 201; Adler-Düring-Schmaltz, 2. Aufl., § 137, Rdn.5; 3. Aufl., § 137, Rdn. 10; Lindenberg, BB 1961, 1284, 1286. Die Bücherrevisoren, die als Vorgänger der Wirtschaftsprüfer anzusehen sind (Völschau, S. 25), wurden allerdings nicht als freiberufliche Sachverständige, sondern als Gewerbetreibende angesehen (Jäckel, S. 9 f). Doch wurde nach Einführung des Wirtschaftsprüferberufes im Jahre 1931 schnell erkannt, daß bei den Wirtschaftsprüfern vom Betreiben eines Gewerbes nicht länger ausgegangen werden konnte (vgl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, S. 403 f; Völschau, S. 6 f).

2) Vgl. den Wortlaut von §§ 22 I StBerG, 43 I WPO.

3) So §§ 1 II WPO, 1 II StBerG.

4) ARS 36, 264.

der Dauer des Vertragsverhältnisses eine Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb trifft.

Das Gericht erklärte, das Vertragsverhältnis sei nicht als Gesellschaftsvertrag, sondern als echtes Arbeitsverhältnis (Dienstvertrag i.S. der §§ 611 ff BGB; Arbeitsverhältnis i.S. des AOG)[1] anzusehen. Ohne auf § 6 I HGB und die etwaige Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb durch einen Handlungsgehilfen nach § 60 HGB einzugehen, führte das Reichsarbeitsgericht weiter aus, für die angestellten Wirtschaftsprüfer ergebe sich aus der in § 2 II 2 AOG normierten Treuepflicht[2] ein Wettbewerbsverbot. In seiner Urteilsanmerkung[3] billigte A. HUECK die Ausführungen des Gerichts[4]. Er hielt es für richtig, daß die Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb bei einem Arbeitsverhältnis für die bei einer WP-AG angestellten Wirtschaftsprüfer aus der allgemeinen Vorschrift des § 2 II AOG hergeleitet werde[5], "auch soweit sie nicht Handlungsgehilfen sind und somit nicht dem § 60 HGB unterstehen".

Aus diesem Nebensatz läßt sich entnehmen, daß man zumindest teilweise die Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts nicht

---

1) Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Arbeitnehmereigenschaft eines freiberuflich Tätigen der inneren Unabhängigkeit und Freiheit der Berufsausübung nicht wesensgemäß entgegensteht (vgl. §§ 23 StBerG, 44 WPO; allgemein Herschel, S. 22, insbesondere S. 28 ff).

2) § 2 AOG lautete: (1) Der Führer des Betriebs entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden.
(2) Er hat für das Wohl der Gesellschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgesellschaft begründete Treue zu halten.

3) ARS 36, 276.

4) ARS 36, 264, 269 ff.

5) Es ist noch heute h.M., daß während eines Arbeitsverhältnisses das Wettbewerbsverbot aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers herzuleiten ist, sofern § 60 HGB wegen fehlender Handlungsgehilfeneigenschaft nicht eingreift (Hueck-Nipperdey, S. 251).

dahin auffaßte, dieses habe die Kaufmannseigenschaft der WPG und die Frage des Wettbewerbsverbots für einen Handlungsgehilfen nicht gesehen[1]. Vielmehr hielt man es offenbar für selbstverständlich, die Ausübung eines freien Berufes in einem Angestelltenverhältnis[2] unabhängig von der Rechtsnatur des Arbeitgebers allein den allgemeinen Regeln des Arbeits- und Dienstvertragsrechts zu unterstellen.

2. Die Rechtsprechung des LAG Düsseldorf und des Bundesarbeitsgerichts

Die einschlägige Rechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg verlief nicht in einer geraden Linie. Zunächst wurde eine durchgängige Rechtsprechung nur bezüglich der bei einer WP- oder StB-Gesellschaft angestellten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater entwickelt. Dies war allerdings hinsichtlich der mit nichtkaufmännischen Angestellten getroffenen Wettbewerbsverbote außerhalb des Rechts der WP- und StB-Gesellschaften nicht der Fall. Hier wurde zunächst eine analoge Anwendung der §§ 74 ff HGB abgelehnt, später aber schrittweise bejaht. Diese Änderung der Rechtsprechung ist nicht ohne Bedeutung für die Frage, ob der Meinungsstreit über die Kaufmannseigenschaft einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH bezüglich der §§ 59 ff HGB noch von Relevanz ist.

a) Das Urteil des LAG Düsseldorf vom 28. Oktober 1955

Auch nach dem 2. Weltkrieg wurde die in der Entscheidung des RAG zum Ausdruck kommende Auffassung zunächst als herrschend angesehen[3]. Es trat jedoch ab Mitte der fünfziger Jahre

---

1) So aber BAG 3, 121, 326 = AP Nr. 4 zu § 59 HGB (Bl. 2 R) und anscheinend das vorinstanzliche Urteil des LAG Düsseldorf (vgl. BAG, a.a.O.).

2) Angestellte Ärzte, angestellte Rechtsanwälte usw. (vgl. A. Hueck, ARS 36, 276).

3) So ausdrücklich Mutze, Kennzahl 425, Bem. 3 b.

eine Änderung in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung ein, die - soweit ersichtlich - durch das Urteil des LAG Düsseldorf vom 28. Oktober 1955[1] eingeleitet wurde. Dieses Gericht entschied, das von einer WP-GmbH mit einem angestellten Volljuristen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses vereinbarte Wettbewerbsverbot müsse den in den §§ 74 ff HGB normierten Anforderungen[2] genügen. Denn die WP-Gesellschaft sei nach § 13 III GmbHG Handelsgesellschaft und als solche nach § 6 HGB Kaufmann. Ihre Geschäfte seien daher Handelsgeschäfte i.S. von § 343 HGB, d.h. rechtlich als zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörig anzusehen. Wenn ein Mitarbeiter zur Erledigung dieser Handelsgeschäfte angestellt sei, übe er eine kaufmännische, also handelsgewerbliche Tätigkeit aus und sei Handlungsgehilfe nach § 59 HGB. Für diese richte sich die Beurteilung von Wettbewerbsklauseln nach §§ 74 ff HGB.

b) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage von Wettbewerbsverboten bei den WP- und StB-Gesellschaften

Mit Urteil vom 12. Dezember 1956[3] billigte der 2. Senat des BAG die Argumentation des LAG Düsseldorf, dem in allen Überlegungen und Folgerungen zuzustimmen sei. Zum obigen Urteil des RAG vom 22. März 1939 wurde nur kurz bemerkt, dort sei lediglich festgestellt, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien müsse als Dienstvertrag i.S. der §§ 611 ff BGB aufgefaßt werden[4]. Auf den 2.Leitsatz der Entscheidung des RAG[5] über das während des Arbeitsverhältnisses geltende allgemeine Wettbewerbsverbot der angestellten Wirtschaftsprüfer und die entsprechenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen ging

---

1) Auszugsweise veröffentlicht in DB 1956, 480; zum großen Teil auch wiedergegeben in BAG 3, 321, 322 f, 326 = AP Nr. 4 zu § 59 HGB (Bl. 2 R).

2) Schriftform, Karenzentschädigung, usw.

3) BAG 3, 321 = AP Nr. 4 zu § 59 HGB, mit zustimmender Anmerkung von Hefermehl.

4) BAG 3, 321 = AP Nr. 4 zu § 59 HGB (Bl. 2 R).

5) ARS 36, 264.

der 2. Senat des BAG nicht ein. Ebensowenig erfolgte eine Stellungnahme hinsichtlich der zu § 60 HGB gemachten Ausführungen, die A. HUECK in seiner unmittelbar nach dem RAG-Urteil abgedruckten Anmerkung[1] gemacht hatte.

Der 5. Senat des BAG übernahm im Urteil vom 13. Oktober 1960[2] die Meinung des 2. Senats. Auch er führte aus, jeder zur Bearbeitung von Steuer- und Rechtsfragen angestellte Steuerfachmann einer WP-GmbH sei als Handlungsgehilfe i.S. der §§ 59 ff HGB anzusehen.

Der 3. Senat des BAG schloß sich im Urteil vom 28. Januar 1966[3] der Auffassung des 2. und 5. Senats an und entschied, ein auf dem Gebiete der Steuerberatung tätiger Angestellter einer StB-GmbH sei Handlungsgehilfe. Den Einwand, daß nach § 1 II StBerG vom 16. August 1961[4] die Ausübung der Steuerberatung kein Gewerbe sei, tat das Gericht mit dem Argument ab, das StBerG regele nur die berufsrechtliche Seite, sage aber nichts über die Anwendung von HGB-Vorschriften aus.

Mit der Entscheidung vom 29. April 1966[5] übertrug der 3. Senat des BAG seine Rechtsprechung auf die Beurteilung der sogenannten allgemeinen Mandantenschutzklauseln. Diese meist bei Abschluß des Dienstverhältnisses vereinbarten Klauseln haben zum Inhalt, daß ein angestellter Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer nach seinem Ausscheiden weder als Angestellter noch als Selbständiger die Mandanten seines bisherigen Arbeitgebers betreuen darf[6]. Der 3. Senat hatte dabei nur zu entscheiden,

---

1) ARS 36, 276.

2) BAG 10, 76, 81 = AP Nr. 17 zu § 74 HGB (Bl. 2), mit zustimmender Anm. von Hefermehl.

3) BAG 18, 104 = AP Nr. 18 zu § 74 HGB, mit insoweit ablehnender Anm. von Zöllner (Bl. 7).

4) BGBl I S. 1301.

5) BAG 18, 291, 295 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel (Bl. 2, 2 R), mit insoweit ablehnender Anm. von Schnorr von Carolsfeld (Bl. 3 R).

6) Zu den verschiedenen Arten der Mandantenschutzklauseln (z.B. allgemeine Mandantenschutzklauseln; Abwerbungsverbote) siehe BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel (Bl. 1, 2) mit Anm. von Küchenhoff (Bl. 6).

ob die zwischen einem Steuerberater und einem angestellten Steuerbevollmächtigten vereinbarte allgemeine Mandantenschutzklausel nach den §§ 74 ff HGB zu beurteilen sei. Das verneinte das Gericht wegen der freiberuflichen Tätigkeit. Zusätzlich führte es in einem obiter dictum aus, die Mandantenschutzklauseln müßten dann den in §§ 74 ff HGB aufgestellten Anforderungen genügen, wenn auf der Arbeitgeberseite eine StB-Gesellschaft stehe.

Die Rechtsprechung des BAG wurde im handelsrechtlichen Schrifttum im Ergebnis und teilweise auch unter Übernahme der Argumentation gebilligt[1]. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum blieben die Meinungen geteilt[2]. Im Spezialschrifttum zum StBerG und zur WPO ist das Problem meist nicht behandelt. Soweit das doch der Fall ist, kommt es bei einem Kommentator zu der in der Einleitung dieser Arbeit kurz angedeuteten Widersprüchlichkeit, daß an einer Stelle das Urteil des LAG Düsseldorf vom 20. Oktober 1955 als zu der h.M. in Widerspruch stehend abgelehnt wird, u.a. wegen der Folgerungen bei den Wettbewerbsverboten[3]. Einige Seiten später wird dagegen bei den in Steuerberaterkreisen üblichen sogenannten Auftragsschutz-[4] und Wettbewerbsklauseln[5] ohne nähere Stellungnahme ausgeführt[6], solche Klauseln können grundsätzlich frei vereinbart werden; lediglich die mit einer StB-Gesellschaft vereinbarten Wettbeklauseln müßten nach der Rechtsprechung des BAG den Anforderungen der §§ 74 ff HGB entsprechen.

---

1) Baumbach-Duden, § 59, Anm. 3 C; §§ 74-74 c, Anm. 1 A; Würdinger in Großkomm. HGB, § 59, Anm.4; § 74, Anm.2; Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn.8; Schlegelberger-Schröder, § 59, Rdn. 4, 17; vgl. auch Titze, S. 46 f.

2) Bejahend z.B. Hueck-Nipperdey, S. 63 f (im Gegensatz zu den Ausführungen von A. Hueck in ARS 36, 276; vgl. S. 7 dieser Arbeit); verneinend z.B. Herschel, S. 62.

3) Mutze, Kennzahl 425, Bem. 3 b.

4) Wettbewerbsverbote während des Bestehens des Vertragsverhältnisses.

5) Wettbewerbsverbote nach Beendigung des Vertragsverhältnisses.

6) Mutze, Kennzahl 425, Bem. 4 d.

c) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage von Wettbewerbsverboten mit Angestellten außerhalb einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH

Bis zum Jahre 1969 lehnte der 3. Senat des BAG es im Anschluß an das RAG in ständiger Rechtsprechung ab, die §§ 74 ff HGB analog auf mit nichtkaufmännischen Angestellten getroffene Wettbewerbsverbote außerhalb des Rechts der WP- und StB-Gesellschaften anzuwenden[1]. Diese Auffassung hat er seit seinem Urteil vom 16. Mai 1969[2] schrittweise ausdrücklich aufgegeben. In diesem Rechtsspruch wandte er § 74 c HGB analog auf die mit einem promovierten Ingenieur abgeschlossene Wettbewerbsabrede an. Mit Urteil vom 13. September 1969[3] erweiterte der Senat diese Rechtsprechung durch eine entsprechende Anwendung der §§ 74 II, 74 a I S. 3 HGB auf die Wettbewerbsabrede, die ein Rechtsanwalt mit einem bei ihm angestellten Kollegen getroffen hatte. Dabei wurde in den Entscheidungsgründen zu erkennen gegeben, daß der Senat die analoge Anwendung der §§ 74 ff HGB insgesamt auf alle nichtkaufmännischen Angestelltenverhältnisse übertragen wolle[4]. Ausdrücklich sagte er dies dann im Leitsatz des Urteils vom 2. Mai 1970[5] und hielt daran in seiner weiteren Rechtsprechung fest[6]. Er weitete sie zudem - was er im Urteil vom 13. September 1969 noch offengelassen hatte[7] -

---

1) Siehe die Nachweise bei Schlüter (Das obiter dictum, S.190, FN 25) und Hofmann, NJW 1969, 1985, 1986.

2) - 3 AZR 137/68 -, BAG 22, 6 = AP Nr.23 zu §§ 133 f GewO.

3) - 3 AZR 138/68 -, BAG 22, 125 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel = SAE 1971, 106.

4) Vgl. Schlüter, Das obiter dictum, S. 190 f.

5) - 3 AZR 134/69 -, BAG 22, 324 = AP Nr.26 zu § 74 HGB. Das Urteil betraf die mit einem Ziegelei-Ingenieur vereinbarte Wettbewerbsabrede.

6) Vgl. etwa das Urteil vom 2.August 1971 - 3 AZR 12/71 -, AP Nr. 27 zu § 74 HGB, Bl. 2, 3.

7) BAG 22, 125, 139 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel, Bl. 7 = SAE 1971, 106, 111.

auf die Mandantenschutzklauseln aus, die von einem Einzelsteuerberater mit einem angestellten Steuerbevollmächtigten[1] bzw. Revisionsassistenten (Steuersachbearbeiter, Bürovorstand)[2] abgeschlossen worden waren. Seine bisherige entgegenstehende Rechtsprechung[3] gab er ausdrücklich auf. Daraus ist zu schließen, daß nach der heutigen Auffassung des 3. Senats des BAG die §§ 74 ff HGB unmittelbar auf die Mandantenschutzklauseln anzuwenden sind, welche die bei einer WP- oder StB-Gesellschaft angestellten Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater betreffen[4]. Sind diese bei einem Einzelprüfer oder Steuerberater bzw. in einer WP- oder StB-Sozietät tätig, so erfolgt eine entsprechende Anwendung der §§ 74 HGB auf die vereinbarten Mandantenschutzklauseln.

Angesichts der neuen Rechtsprechung des 3. Senats des BAG könnte man meinen, der Streit um die etwaige Handlungsgehilfeneigenschaft der in einer WP- oder StB-Gesellschaft angestellten Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater sei hinsichtlich der §§ 74 ff HGB bedeutungslos geworden[5]; denn auch bei Ablehnung der Rechtsprechung des BAG müsse man zumindest eine analoge Anwendung der §§ 74 ff HGB auf diese angestellten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bejahen. Bei einer solchen Argumentation wird jedoch übersehen, daß der 3. Senat insoweit nicht nur die §§ 74 ff HGB, sondern das gesamte Handlungsgehilfenrecht der §§ 59 ff HGB anwendet. Sind die Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater jedoch bei einem Einzelprüfer oder Steuerberater bzw. von einer Sozietät angestellt, so behandelt der 3. Senat sie als nichtkaufmännische Angestellte. Er überträgt auf sie von den §§ 59 ff HGB lediglich die in den §§ 74 ff HGB getroffenen Regelungen über

---

1) Urteil vom 16. Juli 1971 - 3 AZR 384/70 -, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel = SAE 1972, 97.

2) Urteil vom 26. November 1971 - 3 AZR 220/72 -, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel = SAE 1972, 203.

3) BAG 18, 104 = AP Nr. 18 zu § 74 HGB; vgl. oben S. 9 ff.

4) Vgl. die Anm. von Küchenhoff zum Urteil vom 26. November 1971 in AP Nr. 26 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel, Bl. 6.

5) So Baumbach-Duden, §§ 74-74 c, Anm. 1 A.

das Wettbewerbsverbot, nicht jedoch die anderen Vorschriften, z.B. §§ 60, 61 HGB (gesetzliches Wettbewerbsverbot). Es liegt also keine volle rechtliche Gleichbehandlung aller angestellten Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater vor. Vielmehr verbleibt der 3. Senat bei seiner Auffassung, daß es auf die Rechtsnatur des Arbeitgebers ankomme, ob ein angestellter Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater kaufmännischer Handlungsgehilfe oder nichtkaufmännischer Angestellter sei.

Hinzu kommt, daß in der Literatur die neue Rechtsprechung des 3. Senats nur teilweise Zustimmung gefunden hat[1]. Ein bedeutsamer Teil der Literatur hat sich mit gewichtigen rechtsmethodischen Gründen und Beispielen dagegen gewandt[2]. Die Vertreter dieser Meinung stellten sich dabei nicht gegen die Tendenz des BAG, im HGB zum Schutze des Arbeitnehmers befindliche Vorschriften auf alle Arbeits- und Dienstverhältnisse zu übertragen. Vielmehr lehnten sie die undifferenzierte und pauschale Gesamtanalogie ab. Sie forderten, durch vorsichtige Einzelanalyse zu prüfen, ob der Grundgedanke einer bestimmten Vorschrift der §§ 74 ff HGB auf einzelne nichtkaufmännische Angestelltengruppen eine sinn- und sachgemäße Anwendung finden könne[3].

3. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. März 1967

Zum Problem, ob die Tätigkeit einer StB-Gesellschaft als

---

1) Siehe die Nachweise bei Canaris (Anmerkung zum Urteil des 3. Senats vom 13. September 1966 - 3 AZR 138/68 -, SAE 1971, 111) und Hofmann (Anm. zum Urteil des 3.Senats vom 2. August 1971 - 3 AZR 12/71 -, AP Nr. 27 zu § 74 HGB, Bl. 4, 4 R). Siehe auch BGH, NJW 1974, 1282, 1283.

2) Schlüter, Das obiter dictum, S. 190 f; Buchner, Anm. zum Urteil des 3. Senats vom 2. Mai 1970 - 3 AZR 134/69-, AP-Nr. 26 zu § 74 HGB, Bl. 4, 5 R, 6; Canaris, Anm. zum Urteil des 3. Senats vom 13. Sept. 1966 - 3 AZR 139/68 -, SAE 1971, 111-114 und Anmerkung zum Beschluß des 3. Senats vom 6. Januar 1971 - 3 AZR 384/70 -, SAE 1972, 20, 22, 25; weitere Nachweise siehe bei Hofmann, Anm. zum Urteil des 3. Senats vom 2. August 1971 - 3 AZR 12/71 -, AP Nr. 27 zu § 74 HGB, Bl. 4, 4 R.

3) Vgl. Buchner, a.a.O.; Schlüter, Das obiter dictum, S. 190 ("Der Fall des angestellten Rechtsanwalts sei sicherlich nicht typisch für andere Arbeitnehmergruppen").

Betreiben eines Handelsgewerbes anzusehen sei, nahm auch das BVerfG mit Beschluß vom 15. März 1967[1] Stellung. Es führte aus, daß die Ausübung der Steuerberatung in Form einer Gesellschaft an sich dem höchstpersönlichen Charakter des StB-Berufes widerspreche und deshalb nur eine besonders begründete Ausnahme sei. Die entsprechende Begründung liege darin, daß die durch das StBerG in bestimmter Weise ausgeprägte StB-Gesellschaft kein Handelsgewerbe betreibe (§ 1 StBerG), sondern nur in der Rechtsform einer Handelsgesellschaft aufgebaut sei.

II. Die Verjährung bei Leistungen für den Betrieb einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH

Fraglich ist, ob bei Leistungen der in § 196 I Nr. 1 BGB angesprochenen Personen für eine Zivil-AG oder Zivil-GmbH die 2- oder 4-jährige Verjährungsfrist eingreift (§ 196 I Nr. 1, II BGB), ob es sich also bei Leistungen an eine solche Gesellschaft um Leistungen "für den Gewerbebetrieb des Schuldners" handelt.

Mit diesem Problem befaßte sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung erstmals das OLG Celle in seinem Urteil vom 22. Mai 1912[2]. In dem zu entscheidenden Fall hatte der Kläger Pläne für den Umbau des einer Zivil-GmbH gehörenden Grundstücks gemacht. Das Gericht wies die Klage auf Bezahlung dieser Arbeiten wegen Überschreitung der 2-Jahresfrist nach § 196 I Nr. 1 BGB ab. Die 4-Jahresfrist des § 196 II BGB könne nicht eingreifen, da die Beklagte kein Gewerbe betreibe. Das Vorliegen eines Gewerbes lasse sich auch nicht daraus herleiten, daß die Beklagte als Handelsgesellschaft gelte (§ 13 III GmbHG) und damit nach § 6 I HGB Kaufmann sei. Diese Vorschrift stelle in Verbindung mit § 5 HGB lediglich die Fiktion auf, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei ein Handelsgewerbe. Die Fiktion greife aber dann nicht ein,

---

1) BVerfGE 21, 227, 232 f.

2) OLGE 28, 42.

wenn die GmbH realiter kein Gewerbe betreibe, was nach § 1 GmbHG gestattet sei. Auch aus §§ 343, 344 HGB folge nicht, das von einer GmbH betriebene Unternehmen müsse notwendig ein Handelsgewerbe sein. Diese Vorschriften setzten vielmehr das tatsächliche Betreiben eines Handelsgewerbes voraus.

Die Auffassung des OLG Celle wurde in der Revisionsinstanz vom RG im Urteil vom 21. November 1912[1] gebilligt. Interessanterweise stimmte der 2. Senat des BAG in dem bereits erwähnten Urteil vom 12. Dezember 1956 in einem obiter dictum den Entscheidungen des OLG Celle und des RG insoweit zu[2]. Bei § 196 I Nr. 1, II BGB sei es im Gegensatz zu den §§ 59 ff, 74 ff HGB in der Tat entscheidend, ob die Zivil-GmbH ein Gewerbe betreibe.

Von dieser Rechtsprechung ist der BGH mit Urteil vom 22. Januar 1976[3] abgegangen. Er ist der Auffassung, daß die 4-jährige Verjährung deshalb gegeben sei, weil eine Zivil-GmbH sich so behandeln lassen müsse, als ob sie ein Handelsgewerbe betreibe. Im GmbH-Recht sei eine einheitliche Handhabung des anzuwendenden Rechts notwendig ohne Rücksicht darauf, was die GmbH jeweils betreibe.

Die Meinungen im Schrifttum sind geteilt. Einige stimmen der Rechtsprechung des RG zu[4]. Andere jedoch, insbesondere die neueren Kommentatoren zum Aktien-[5] und GmbH-Recht[6], verlangen

---

1) RG, DJZ 1913, 233.

2) BAG 3, 321, 325 = AP Nr. 4 zu § 59 HGB (Bl. 2), mit auch insoweit zustimmender Anm. von Hefermehl.

3) BGH, DB 1976, 428 f = NJW 1976, 514.

4) Augustin in Soergel-Siebert, § 196, Rdn. 67, 71; Scholz, § 13, Rdn. 14; Brodmann, GmbHG, § 13, Anm. 4; Liebmann-Saenger, § 13, Anm. 8; Schlegelberger-Quassowski, § 3, Anm.3; Brodmann, AktR, § 210, Anm.4; Raisch, Voraussetzungen, S. 217.

5) Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 3, Rdn. 12; Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Baumbach-Hueck, AktG, § 3, Rdn. 2; Godin-Wilhelmi, § 3,Anm.2; Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 7 (unter nichtberechtigter Berufung auf RG, DJZ 1913, 233).

6) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 13, Anm. 3 (a. M. bis zur 11. Aufl.); Schilling in Hachenburg, § 13, Rdn. 27 (a. M. bis zur 6. Aufl., § 13, Anm. 22, 25).

wegen der Rechtsnatur, d. h. der Handelsgesellschafts- und Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG und der Zivil-GmbH die Anwendung der vierjährigen Verjährungsfrist. Aus Gründen der Einheitlichkeit und der Rechtssicherheit müsse bei der Anwendung des Kaufmannsrechts im HGB und BGB gleich verfahren werden, ohne daß es auf das Betreiben eines Gewerbes durch eine AG oder GmbH ankomme.

III. Schlußfolgerung und Zusammenfassung

Aus der Darstellung der beiden beispielhaften Fallgruppen ergibt sich, daß sich in Rechtsprechung und Lehre zwei Auffassungen über die Auslegung, Bedeutung und Tragweite von § 6 I HGB hinsichtlich einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH gegenüberstehen. Zum einen werden diese Gesellschaften wegen ihrer Eigenschaft als Handelsgesellschaften (§§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbH) und Kaufleute (§ 6 I HGB) voll dem Kaufmannsrecht unter- und dadurch in jeder Hinsicht der Handels-AG und Handels-GmbH gleichgestellt. Zum anderen werden die Zivil-AG und Zivil-GmbH trotz ihrer Kaufmannseigenschaft dann nicht dem Kaufmannsrecht unterstellt, wenn die anzuwendende Vorschrift das tatsächliche Vorhandensein eines Gewerbebetriebes oder Handelsgewerbes verlangt.

Weiter ist festzuhalten, daß einige Stimmen in der Literatur differenzieren. Sie machen die Auslegung, die Bedeutung und die Tragweite der Kaufmannseigenschaft nach § 6 I HGB von der anzuwendenden Vorschrift abhängig. Bei den §§ 59 ff, 343 ff HGB z.B. folge aus der Kaufmannseigenschaft rechtlich immer das Vorliegen eines Gewerbebetriebes. Bei anderen Vorschriften - wie etwa § 196 I Nr. 1, II BGB - sei das nicht der Fall.

§ 3. Die bisherigen dogmatischen Begründungsversuche zur Interpretation von § 6 I HGB und ihre Kritik

I. Der Standpunkt der herrschenden Meinung

Die herrschende Auffassung zur Interpretation von § 6 I HGB geht wesentlich auf einen Aufsatz von Martin WOLFF aus dem

Jahre 1910[1] zurück[2]. Darin führte WOLFF aus, daß auch außerhalb der in den §§ 1 II, 2, 3 II HGB geregelten Fälle Handelsgewerbe vorkämen[3] und jedes Unternehmen eines Formkaufmanns ein Handelsgewerbe sei[4]. Er sprach sich daher für eine Anwendung aller Vorschriften des HGB auf jede AG oder GmbH aus ohne Rücksicht darauf, ob diese Gesellschaften ein Handelsgewerbe nach §§ 1 II, 2, 3 II HGB betreiben. Im Jahre 1914 stimmte EHRENBERG in seinem Handbuch zum Handelsrecht der Meinung von M. WOLFF zu und bemerkte[5]:

> "Jedes Unternehmen eines Formkaufmanns ist ein Handelsgewerbe, und wie sonst ein Handelsgewerbe die notwendige Voraussetzung, so ist es hier die notwendige Folge der Kaufmannseigenschaft: beide Begriffe - Kaufmann und Handelsgewerbe - sind absolute Korrelate, das eine ist ohne das andere nicht möglich"[6].

Der überwiegende Teil der Lehre sprach sich nach den Veröffentlichungen von M. WOLFF und EHRENBERG - unter Übernahme von deren Argumentation - ebenfalls für die volle Anwendung des HGB auf jede AG und GmbH aus[7]. Die neuere Literatur zum HGB

---

1) Wolff in Festgabe für Otto Gierke, Zweiter Band, S. 115 ff.

2) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 3, Rdn. 11; Brüggemann in Großkomm. HGB, § 6, unter Schrifttum; Capelle, S. 17; siehe auch Raisch, Voraussetzungen, S. 216.

3) Wolff, S. 125.

4) Wolff, S. 125, 137.

5) Ehrenberg, Handbuch, S. 107 f.

6) Ähnlich, aber abschwächend Eckardt, der von einem "engen Zusammenhang" zwischen Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe spricht (Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 8).

7) Zu § 6 HGB: Ritter, § 6, Anm. 2, 3; HGB-RGRK (1. Aufl.), § 6, Anm.3
Zu § 210 HGB: Lehmann-Ring, § 210, Nr. 5, Brodmann, AktR, § 210, Anm. 4; R. Fischer, S. 41; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 210, Anm. 13, 14, m.w.N.
Zu § 3 AktG. 1937: Ritter-Ritter, § 3, Anm. 2, 3; Schlegelberger-Quassowski, § 3, Rdn. 2.
Zu § 13 III GmbHG: Feine, S. 232 f; Liebmann-Saenger, § 13, Anm. 8; Liebmann, HoldHMSchr 1904, 7; Merzbacher-Krakenberger, § 1, Anm. 1; § 13, Anm. 5; Brodmann, GmbHG, § 13, Anm. 4; Loidl, S. 5.
Allgemein: Zittwitz, S. 17 ff; K. A. Eckardt, ZBlHR 1928, 345, 348 f, m.w.N.

geht in der Kommentierung zu § 6 HGB häufig nicht auf diese Frage ein[1] oder sieht die vollständige Geltung des HGB als selbstverständlich an[2]. Allenfalls bei den Ausführungen zu § 343 HGB[3] wird das Problem noch angeschnitten[4]. Die heutige Literatur zum AktG erachtet ganz überwiegend das Vorbringen der h.L. für richtig[5]. Auch in der heutigen Kommentierung zum GmbHG wird meist der h.L. zugestimmt[6].

Innerhalb der h.L. bestehen allerdings gewisse Unterschiede. Einige begrenzen die Anwendung des Kaufmannsrechts auf den Bereich des HGB[7]. Andere[8], insbesondere die neuere Literatur zum AktG[9] und GmbHG[10], dehnen die Auswirkungen der

---

1) Baumbach-Duden, § 6, Anm.; Heymann-Kötter, § 6, Anm. 1-3; Bandasch, § 6, Anm. 1, 2; vgl. auch Capelle, S. 17.

2) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 6, Rdn. 1, 2; J. v.Gierke, Handelsrecht, S. 182; vgl. auch Reinhardt, Rdn. 453, 594, 758; Gierke-Sandrock, S. 3.

3) Bei Untersuchung der Frage, ob die Tätigkeit der AG oder GmbH auch dann die Vornahme von Handelsgeschäften darstellt, wenn die Gesellschaft nichtgewerbliche Ziele verfolgt.

4) Heymann-Kötter, § 343, Anm. 2; Schumann, S. 285; siehe auch Schlegelberger-Hefermehl, § 343, Rdn. 13; Ratz in Großkomm. HGB, § 343, Anm. 5.

5) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 3 Rdn. 9-11; Baumbach-Hueck, AktG, § 3, Rdn. 2; Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3 Rdn. 3, 5 ff; Raisch, Voraussetzungen, S. 218; Würdinger, S. 9.

6) Scholz, § 13 Rdn. 14; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 13, Anm. 3; Schilling in Hachenburg, § 13, Rdn. 26 (anders bis zur 6. Aufl.).

7) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 6, Anm.2; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 3, Rdn. 12; Scholz, § 13, Rdn. 14; Brodmann, AktR, § 210, Anm. 4; Brodmann, GmbHG, § 13, Anm. 4; Liebmann-Saenger, § 13, Anm. 8.

8) Vgl. Feine, S. 233, FN 24.

9) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Baumbach-Hueck, AktG, § 3, Rdn. 2; Godin-Wilhelmi, § 3, Anm. 2; Teichmann-Koehler, § 3, Anm. 3; Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 7.

10) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 13, Anm. 3; Schilling in Hachenburg, § 13, Rdn. 27.

Kaufmannseigenschaft (§ 6 I HGB), d.h. die Annahme des Betreibens eines Handelsgewerbes, über das HGB hinaus auf das Bürgerliche Recht (BGB) aus[1]. Wieder andere machen bereits im HGB Ausnahmen, indem sie etwa die Vorschriften über die Prokura (§§ 48 ff HGB)[2] oder über die Handlungsgehilfen (§§ 59 ff HGB)[3] auf eine Zivil-AG oder Zivil-GmbH nicht anwenden wollen. Einig ist man sich aber darin, daß für diese Gesellschaften die für die Kaufleute bestehenden Sondervorschriften außerhalb des Handels- und des Bürgerlichen Rechts (BGB)[4], wie z.B. im Arbeitsrecht[5] oder in der GewO[6], keine Gültigkeit haben.

Zur Begründung des von EHRENBERG formulierten Hauptarguments der h.L., daß Kaufmann und Handelsgewerbe notwendige Korrelate seien, werden unterschiedliche Thesen angeführt. LEHMANN-RING[7] und ECKARDT[8] folgern aus § 1 I HGB, welcher denjenigen als Kaufmann bezeichnet, der ein Handelsgewerbe betreibt, daß notwendigerweise auch der Formkaufmann ein Handelsgewerbe betreiben müsse. Andere[9] leiten diesen Schluß daraus her, daß jede AG

---

1) Unklar Flechtheim (in Düringer-Hachenburg, § 210, Anm. 14), der bei § 196 I Nr. 1, II BGB die Anwendung auf eine Zivil-AG oder Zivil-GmbH bejaht, eine Anwendung von § 823 I BGB (Schutz des "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs") jedoch ablehnt.

2) Brodmann, AktR, § 210, Anm. 4.

3) Kruse, S. 40.

4) Vgl. Lehmann-Ring, § 210, Nr. 5.

5) RAG ARS 10, 276; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 3, Rdn. 12; Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Teichmann-Koehler, § 3, Anm. 3; Koenige, § 6, Anm. 2.

6) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Scholz, § 13, Rdn. 14; Vogel, § 13, Anm. 4; Liebmann-Saenger, § 13, Anm. 8; Merzbacher-Krakenberger, § 1, Anm. 1 und § 13, Anm. 5; Schilling in Hachenburg, § 13, Rdn. 27.

7) Lehmann-Ring, § 210, Nr. 5.

8) Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 7, 8.

9) Scholz, § 13, Rdn. 14; Brodmann, GmbHG, § 13, Anm. 4; Merzbacher-Krakenberger, § 13, Anm. 5; Liebmann, HoldhMSchr 1904, 7; Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 4; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 3 Rdn. 9.

oder GmbH als Handelsgesellschaft anzusehen sei (§§ 3 AktG, 13 III GmbHG). Nach dem Zweck dieser Vorschriften müßten die Formkaufleute auch bei Fehlen eines Handelsgewerbes so behandelt werden, als ob sie ein Handelsgewerbe betrieben (fingiertes Handelsgewerbe)[1]. Teilweise wird der Wortlaut von § 343 HGB herangezogen, worin es nicht heiße "zum Betriebe e i n e s Handelsgewerbes", sondern "zum Betriebe s e i n e s Handelsgewerbes"[2]. BRÜGGEMANN[3] und ihm folgend der BGH[4] sprechen davon, daß Kaufmannbetrieb und Handelsgewerbe "Wechselbegriffe" seien.

K.A. ECKARDT[5] stimmt der h.L. zu, weil der Zentralbegriff des HGB der des Handelsgewerbes sei. Daraus seien dann die Begriffe des Kaufmanns (§§ 1-6 HGB) und des Handelsgeschäfts (§§ 343 ff HGB) hergeleitet. KRUSE dagegen nimmt vom Begriff des Handelsgewerbes Abstand und will an dessen Stelle "Betrieb eines Unternehmens ideeller oder nichtideeller Art" setzen[6]. Liege der Betrieb eines Unternehmens vor, so reiche die bloße Eigenschaft als Formkaufmann zur Anwendung aller Vorschriften des HGB aus.

Schließlich wird von einigen das Argument der Rechtssicherheit (Verkehrssicherheit)[7] und Rechtsklarheit[8] angeführt. Nur bei einer vollen Anwendung der Kaufmannsvorschriften gelange man zu einer klaren Scheidung des Rechts[9] und verliere

---

1) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 210, Anm. 14; Lehmann-Ring, § 210, Nr. 5.

2) Brodmann, GmbH, § 13, Anm. 4.

3) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 6, Anm. 2; vgl. auch Allg. Einleitung, Anm. 1.

4) BGH, DB 1976, 428.

5) K.A. Eckardt, ZBlHR 1928, 348 f.

6) Auf dieser These hat Kruse weitgehend seine Dissertation aufgebaut; vgl. insbesondere S. 50 ff; ähnlich auch Ritter, § 6, Anm. 3.

7) Ehrenberg, Handbuch, S. 107; vgl. auch Paulick, Stille Gesellschaft, S. 52.

8) Baumbach-Hueck, AktG, § 3, Rdn. 2; siehe auch Paulick, a.a.O.

9) Scholz, § 13, Rdn. 14; Loidl, S. 5 f.

sich nicht in praktisch unbrauchbare Unterscheidungen[1]. Allein eine solche Klarheit diene dem Verkehrsschutz. Außerdem sei es eine zu große Zumutung, nach Einsicht in das Handelsregister noch untersuchen zu müssen, ob die eingetragene Handelsgesellschaft nun tatsächlich ein Handelsgewerbe unterhalte oder nicht[2].

II. Der Standpunkt der Mindermeinung

Die Mindermeinung über die Auslegung von § 6 I HGB wurde bereits im Jahre 1900 von STAUB geprägt[3]. Auch er geht davon aus, daß jede AG und jede GmbH Handelsgesellschaft und Vollkaufmann ist. Daraus folge entgegen der h.M. jedoch nicht, daß deren Tätigkeit unter allen Umständen zum Handelsgewerbe gestempelt werde und ihre Geschäfte die Qualität von Handelsgeschäften erhielten. Daß trotz der Kaufmannseigenschaft der Betrieb nicht schlechtweg zum Handelsgewerbe erhoben werde, besage deutlich der auch für das GmbH-Recht geltende Satz des § 210 II HGB[4]. Denn danach sei die AG oder GmbH auch dann Handelsgesellschaft, wenn sie kein Handelsgewerbe ausübe[5]. Betreibe die Gesellschaft allerdings ein Gewerbe, so sei dies wegen § 5 HGB als Handelsgewerbe anzusehen. Sei der Gegenstand des Unternehmens kein Gewerbe, so komme es darauf an, ob die Gesellschaft im Rechtsverkehr als gewerbetreibend auftrete oder nicht. Sehe man z.B. der Firma der Gesellschaft nicht an, daß sie lediglich die Form für einen idealen Verein sei und trete diese Gesellschaft als im

---

1) Baumbach-Hueck, AktG, § 3, Rdn. 2.

2) Liebmann, HoldhMSchr.1904, 7; ähnlich Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 210, Anm. 14.

3) Staub, HGB, Anm. 12 ff; Staub, GmbHG, § 13, Anm. 17 ff.

4) § 210 II HGB entspricht wörtlich dem heutigen § 3 AktG und § 3 RegEGmbH.

5) Vgl. Motive zum GmbHG, S. 3737; siehe auch unten S. 30, FN 2, 3.

Geschäftsleben handelnd auf, so sei sie nach den Grundsätzen des Scheinkaufmannes als handelsgewerbetreibend anzusehen. Wenn die Gesellschaft aber nicht das Ausüben eines Handelsgewerbes vorspiegele, entfalle mangels Handelsgewerbes die Anwendung aller Vorschriften des HGB, welche den Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes voraussetzten.

MAKOWER[1], HACHENBURG[2], PINNER[3], BRAND[4], HEINSHEIMER[5] und GEILER[6], also Rechtsgelehrte aus dem ersten Drittel dieses Jahrhunderts, schlossen sich der Auffassung STAUBs an[7]. In neuerer Zeit vertrat dessen Lehre nur noch SCHILLING bis zur 6. Auflage (1956) des Kommentars von HACHENBURG[8]. SCHILLING folgerte aus § 343 HGB, daß Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe tatsächlich vorliegen müssen, um bei einer GmbH oder AG von Handelsgeschäften ausgehen zu können. In § 3 AktG und § 13 III GmbHG sei von der Regel des § 1 I HGB - Kaufmann ist der, welcher ein Handelsgewerbe betreibt - eine Ausnahme gemacht. Hier werde das Rechtssubjekt (AG oder GmbH) Kaufmann, obgleich der Gegenstand des Unternehmens kein Handelsgewerbe zu sein brauche. Wenn ein Rechtssubjekt Kaufmann sei, habe daher seine Tätigkeit im Rechtsverkehr

---

1) Makower, § 210, Anm. III.

2) Staub-Hachenburg, § 13, Anm. 26; Hachenburg, § 13, Anm. 20 ff.

3) Staub-Pinner, § 210, Anm. 14 ff.

4) Brand, § 210, Anm. 3 b.

5) Heinsheimer, S. 106.

6) Heinsheimer-Geiler, S. 119 f.

7) Unklar Crüger-Crecelius (§ 13, Anm. 3), die einerseits von einem fingierten Handelsgewerbe ausgehen und alle Geschäfte als Handelsgeschäfte ansehen, andererseits aber schreiben, es könne von Einfluß sein, wenn die Gesellschaft kein Gewerbe betreibe.

8) Schilling in Hachenburg, (6. Aufl.), § 13, Anm. 20 ff.

keineswegs notwendig den Charakter eines Handelsgewerbes. Diese auf STAUB fußende Lehre gab SCHILLING allerdings in der 7. Auflage (1975) des Kommentars von HACHENBURG mit dem kurzen Hinweis auf, die "allgemeine Meinung" gehe "heute" von einem Handelsgewerbe kraft Rechtsform aus[1].

In letzter Zeit hat RAISCH, der von der Problematik des Zusammenschlusses von Wirtschaftsprüfern ausgeht[2], Bedenken - allerdings vornehmlich in rechtspolitischer Hinsicht - gegen die h.M. erhoben[3]. Er bejaht die vollständige Unterstellung aller Aktiengesellschaften unter das Handelsrecht, weil Gegenstand einer AG typischerweise ein wirtschaftliches Unternehmen sei. Bei einer GmbH sei das nicht in gleichem Maße der Fall, da diese Gesellschaftsform häufig für nichtwirtschaftliche Aufgaben Verwendung finde. Sei das Merkmal der Erbringung wirtschaftlicher Leistungen bei einer GmbH nicht vorhanden, so könne auf die Anwendung der Normen des 1. und 3. Buches des HGB verzichtet werden. Eine Ausnahme sei wegen des Systems der Vermögensbindung nur hinsichtlich der Vorschriften über die Buchführung und Bilanzaufstellung zu machen.

§ 4. Kritik der bisherigen Begründungsversuche zur Interpretation des § 6 I HGB

Betrachtet man die Argumente der beiden Auffassungen zur Interpretation von § 6 I HGB, so fällt auf, daß sie weitgehend von einem formalen und begriffsjuristischen Denken geprägt sind[4]. Vom Sinn und Zweck dieser Norm sowie von den Gründen der Regelung ist kaum die Rede. Zudem wird außer dem bei RAISCH zu findenden Ansatz[5] von niemandem in die

---

1) Schilling in Hachenburg, § 13, Rdn. 26. Zu bemerken ist, daß Schilling dabei nur auf die neuere handels- und gesellschaftsrechtliche Kommentierung abstellt, nicht jedoch auf das Spezialschrifttum (etwa zur WPO und zum StBerG).

2) Raisch, Voraussetzungen, S. 215; vgl. auch S. 213 f.

3) Raisch, Voraussetzungen, S. 215 ff.

4) Ebenso Raisch, Voraussetzungen, S. 218.

5) Raisch, Voraussetzungen, S. 215; siehe auch Voraussetzungen, S. 211 ff.

Betrachtung der anstehenden Frage mit einbezogen, welche Schlußfolgerungen sich eventuell insoweit aus der Möglichkeit des Zusammenschlusses der einen freien Beruf ausübenden Wirtschaftsprüfer und Steuerberater zu Handelsgesellschaften ergeben.

I. Die Prüfung der bislang vorgebrachten Argumente

Die h.M. wie die Mindermeinung geben Argumente zur Stütze ihrer jeweiligen Interpretation des § 6 I HGB an, ohne daß oft ersichtlich ist, weshalb dieses oder jenes Argument herangezogen wird. Will man daher das Vorbringen beider Lehren kritisch beleuchten, so muß aus Gründen der methodischen Sauberkeit die Regelung des § 6 I HGB Ausgangs- und Mittelpunkt jeglicher Betrachtung sein.

1. Die in § 6 I HGB getroffene Regelung

§ 6 I HGB steht im 1. Abschnitt des 1. Buches des HGB. Damit gehört diese Vorschrift zu dem Gesetzesteil, in welchem der Begriff des Kaufmanns normiert ist. Der Kaufmann ist die Zentralfigur und der grundlegende Begriff des Handelsrechts. Er wird in allen Vorschriften des HGB angesprochen und ist der "Normaladressat" dieses Gesetzes[1].

Das HGB regelt in § 1 I HGB den Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch eine natürliche Person[2], die unter den Voraussetzungen der §§ 1 II, 2, 3 II HGB zum Einzelkaufmann wird. In Ergänzung dazu bestimmt § 6 I HGB, daß auch für die Handelsgesellschaften die für die Kaufleute erlassenen Vorschriften gelten. Der zuerst am Einzelkaufmann orientierte Kaufmannsbegriff des HGB[3] wird also dahin erweitert, daß neben

---

1) Raisch, JuS 1967, 533, 536 und in Festschrift für Knur, S. 165, 172; ähnlich Heymann-Kötter, vor § 1, Anm. 1 (S. 6); Capelle, S. 2 ("Zentralfigur des Handelsrechts"); Gierke-Sandrock, S. 4 ("Schlüsselfigur").

2) Ehrenberg, Handbuch, S. 70.

3) Vgl. Schmidt, JZ 1973, 299.

den Einzelkaufleuten ebenso auch die Handelsgesellschaften Kaufleute sind. Dadurch wird deren Recht mit dem des Einzelkaufmanns verknüpft, so daß § 6 I HGB die Nahtstelle des Rechts der Einzelkaufleute zum Recht der Handelsgesellschaften darstellt.

Die Verbindung beider Teilrechtsgebiete geschieht durch die in § 6 I HGB erfolgte Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Handelsgesellschaften. Diese und die Einzelkaufleute sind beide Kaufleute i.S. des HGB, so daß sie bei der Anwendung des Kaufmannsrechts gleichstehen. Das ist - allgemein gesehen - nicht nur hinsichtlich der §§ 1-5 HGB, sondern bezüglich des gesamten 1. und 3. Buches des HGB (im folgenden "gesamtes HGB" genannt) der Fall, soweit im Gesellschaftsrecht nichts besonderes bestimmt ist[1]. Auf diese Weise wird die Zusammenfassung des Rechts der Einzelkaufleute und der Handelsgesellschaften zum Begriff "Handelsrecht" gewährleistet. Erst § 6 I HGB rechtfertigt also die oft gebrauchte Formel "Handelsrecht ist Kaufmannsrecht"[2].

Die in § 6 I HGB erfolgte Erweiterung des zunächst auf die natürlichen Personen zugeschnittenen Kaufmannsbegriffs des HGB kommt im Wortlaut dieser Vorschrift dadurch zum Ausdruck, daß das Kaufmannsrecht "auch" auf die Handelsgesellschaften Anwendung findet. Anders als bei den Einzelkaufleuten (§ 1 I HGB), auf welche das Handelsrecht bei Betreiben eines Handelsgewerbes (§§ 1 II, 2, 3 II HGB) oder in den Fällen des § 5 HGB bei Betreiben eines Gewerbes Anwendung findet, wird also in § 6 I HGB vom Betreiben eines Handelsgewerbes abgesehen. Es werden die Gesellschaften zu Kaufleuten, welchen die Eigenschaft einer Handelsgesellschaft zukommt. Dieses Erfordernis wird vom Gesetz als Voraussetzung der Verleihung der Kaufmannseigenschaft, d.h. zur Anwendung des HGB verlangt. Sedes materiae für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch

---

1) Z.B. für die Firma der AG (§ 4 AktG) und der GmbH (§§ 4 GmbH, 4 RegEGmbHG).

2) So z.B. Capelle, S. 11.

eine Handelsgesellschaft ist auch aus diesem Grunde allein und ausschließlich § 6 I HGB, nicht § 1 I HGB[1].

Diese Vorschrift kann allenfalls über § 6 I HGB infolge der dort ausgesprochenen Anwendung des gesamten Handelsrechts Bedeutung gewinnen, sofern für eine Handelsgesellschaft das Betreiben eines Handelsgewerbes notwendig ist (OHG, KG). Eine solche Gesellschaft ist Kaufmann nach § 6 I HGB und zusätzlich Kaufmann kraft Handelsgewerbebetriebs nach § 6 I i.V.m. § 1 I HGB. Entscheidend bei der in § 6 I HGB erfolgten Verleihung der Kaufmannseigenschaft ist mithin, daß der Gesellschaft die Anerkennung als Handelsgesellschaft zukommt[2]. Damit wird Bezug genommen auf den numerus clausus[3] der fünf Handelsgesellschaften: OHG, KG, AG, KGaA, GmbH[4]. In § 6 I HGB selbst fehlt die Aussage, welchen allgemeinen bestimmten Sachverhalt (sog. Tatbestand einer Norm)[5] der Begriff Handelsgesellschaft zum Inhalt hat. Die ausgesprochene Rechtsfolgeanordnung der Anwendung des Kaufmannsrechts erfolgt somit auf Grund eines nicht in dieser Vorschrift geregelten Begriffs. Damit handelt es sich - methodisch gesehen - bei § 6 I HGB trotz der sprachlichen Vollständigkeit um einen unvollständigen Rechtssatz. Von den für einen solchen Rechtssatz erforderlichen Merkmalen "Enthalten eines Tatbestands und Anordnung einer Rechtsfolge für diesen Tatbestand"[6] ist lediglich der zweite Teil gegeben.

---

1) Ebenso hinsichtlich des Ausschlusses von § 1 I HGB die maßgebenden Vertreter der h.M. (Wolff, S. 129; Ehrenberg, Handbuch, S. 106; vgl. weiter Zittwitz, S. 18; Kruse, S. 51, FN 1).

2) Vgl. Schmidt, JZ 1973, 299, 300.

3) Siehe dazu Schmidt, oHG, S. 121 ff, sowie JZ 1973, 299, 300; Heymann-Kötter, Übersicht vor § 105, Anm. 2, 6.

4) Nicht zu den Handelsgesellschaften gehört die stille Gesellschaft, wie bereits in der Überschrift des 2. Buches des HGB zum Ausdruck kommt.

5) Larenz, S. 234.

6) Larenz, S. 232 ff.

Ein unvollständiger Rechtssatz ist kein bloßer Aussagesatz, sondern wie jede andere Norm als Teil eines Gesetzes auch ein Teil von dessen Geltungsanordnung und dessen verbindlicher Anweisung[1]. Allerdings entfaltet er seine konstitutive und Rechtsfolge begründende Kraft nur in Verbindung mit anderen Rechtssätzen[2]. Erst durch das Ineinandergreifen mehrerer Gesetzesanordnungen wird die volle Wirksamkeit der unvollständigen Norm erreicht. Das bedeutet, daß eine Verbindung zu den Rechtssätzen herzustellen ist, die im einzelnen bestimmen, was eine Handelsgesellschaft ist.

Daraus folgt, daß es zur vollen Wirksamkeit der in § 6 I HGB angeordneten Rechtsfolge anderer Rechtssätze bedarf, die näher umgrenzen und verdeutlichen, wann bei einer Gesellschaft der Tatbestand einer Handelsgesellschaft vorliegt. Bei der zu untersuchenden Problematik kommen als solche definitorisch-erläuternden, also umschreibenden Rechtssätze[3] die §§ 3 AktG, 13 III GmbHG in Betracht. Diese Vorschriften enthalten für die AG und die GmbH die Darstellung des mit "Handelsgesellschaft" bezeichneten Tatbestandes. Sie sind heranzuziehen, damit § 6 I HGB seine volle Wirksamkeit hinsichtlich der angeordneten Rechtsfolge der Anwendung des Kaufmannsrechts bei der AG und GmbH entfalten kann.

2. Die in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG getroffene Regelung

Nach § 3 AktG gilt die AG als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Dagegen ist in § 13 III GmbHG lediglich davon die Rede, daß die GmbH als Handelsgesellschaft i.S. des Handelsgesetzbuches gilt. Das wirft die Frage auf, ob trotz

---

1) Larenz, S. 239, 240 m.w.N. in FN 10.
2) Larenz, S. 240.
3) Vgl. Larenz, S. 240.

des unterschiedlichen Wortlauts beider Vorschriften eine Gleichbehandlung dieser Normen erfolgen kann.

a) Die Gleichbehandlung von §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG

Nach den Motiven zum GmbHG beruht § 13 III GmbHG auf denselben Gründen wie Art. 208 ADHGB, dem Vorläufer von § 3 AktG, und "legt" ebenso wie Art. 208 I ADHGB bei der AG "der GmbH ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft als Handelsgesellschaft bei"[1]. Der an sich überflüssige Zusatz "Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches" wurde deshalb in § 13 III GmbHG aufgenommen, weil bei Inkrafttreten des GmbHG im Jahre 1892[2] das Recht der Handelsgesellschaften der OHG, KG, AG und KGaA im 2. Buch des ADHGB geregelt war und mit dem GmbHG zum ersten Mal die Kodifikation des Rechts einer Handelsgesellschaft außerhalb des ADHGB erfolgte. Das Recht der AG und der KGaA wurde erst im Jahre 1937 aus dem HGB, dem Nachfolgegesetz zum ADHGB, herausgenommen[3], ohne daß in § 3 AktG 1937, der wörtlich dem heutigen § 3 AktG entspricht, der Zusatz "im Sinne des Handelsgesetzbuches" eingefügt wurde.

Der § 3 RegEGmbH[4] stimmt wörtlich mit § 3 AktG überein.

---

1) Motive zum GmbHG, S. 3737; vgl. auch Schilling in Hachenburg, § 13; siehe auch unten, S. 124.

2) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477).

3) Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937 (RGBl. I S. 107, berichtigt S. 588, 1140).

4) BR Drucks 595/71. Ob allerdings der Regierungsentwurf zum Gesetz werden wird, ist zweifelhaft, zumal "festzustehen scheint, daß die lang geplante und vorbereitete Reform des GmbH-Gesetzes in absehbarer Zeit nicht verwirklicht wird" (so die Verfasser im Vorwort zur 7. Aufl. des Kommentars von Hachenburg). Dennoch ist es ratsam, den Regierungsentwurf in die Betrachtungen über Probleme des GmbH-Rechts einzubeziehen (vgl. die oben angegebene Literaturstelle). Allgemein zum Regierungsentwurf und zur geplanten Reform des GmbH-Gesetzes: Schilling in Hachenburg, Allg. Einl., Rdn. 57 ff.

In der amtlichen Begründung heißt es dazu[1]: "Diese Vorschrift entspricht dem geltenden Recht (§ 13 Abs.3 GmbHG). Nur die Fassung ist dem § 3 AktG angeglichen worden, da beide Vorschriften die gleichen Fragen in gleicher Weise regeln sollen". Insbesondere aus dem letzten Halbsatz folgt, daß § 3 AktG und § 13 III GmbHG bzw. § 3 RegEGmbH zusammen zu betrachten sind. Es bestehen zwischen ihnen bis auf die Tatsache, daß es einmal um die AG, das andere Mal um die GmbH geht, keine Unterschiede in der definitorischen Erläuterung, daß beide Gesellschaften als Handelsgesellschaften anzusehen sind.

Damit steht fest, daß § 13 III GmbHG bzw. § 3 RegEGmbHG hinsichtlich der Geltung als Handelsgesellschaft nichts anderes als § 3 AktG besagen[2]. Beim Lesen ist in § 13 III GmbHG zu ergänzen, "auch wenn der Gegenstand nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht"[3]. Beide Vorschriften sprechen hinsichtlich des Erwerbs der Eigenschaft einer Handelsgesellschaft das gleiche aus.

Sie besagen:

1) es gibt 2 Arten von Gesellschaften bei der AG und der GmbH, nämlich diejenigen, welche ein Handelsgewerbe zum Gegenstand des Unternehmens haben, und diejenigen, welche einen anderen Unternehmensgegenstand haben;

2) es kommt auf den unterschiedlichen Unternehmensgegenstand nicht an, vielmehr "gilt" die AG oder GmbH in jedem Falle als Handelsgesellschaft[4].

b) Der Gegenstand des Unternehmens der AG und der GmbH

Die Zivil-AG und Zivil-GmbH unterscheiden sich von der Handels-AG und Handels-GmbH dadurch, daß im Gegensatz zu

---

1) BR Drucks 595/71, S. 86.

2) Schilling in Hachenburg (6. Aufl.), § 13 Anm. 20; Scholz, § 13, Rdn. 14; Brodmann,GmbHG, § 13, Anm.4; Feine, S. 232.

3) So Feine, S. 232.

4) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 1, Anm. 2.

diesen ihr Unternehmensgegenstand in etwas anderem als dem Betriebe eines Handelsgewerbes besteht. Damit ist für das Verständnis der §§ 3 AktG, 13 III GmbH, 3 RegEGmbH bedeutsam, was im Sinne dieser Vorschriften unter "Unternehmensgegenstand" und Betrieb eines "Handelsgewerbes" zu verstehen ist. Hinzu kommt, daß der Unternehmensgegenstand zum Wesen der AG und der GmbH gehört.[1] Er gibt z.B. der Sachfirma den Namen und prägt allgemein das Leben der Gesellschaft.

aa) Der Gegenstand des Unternehmens und der Zweck der Gesellschaft

Die Frage nach dem Unternehmensgegenstand wird in aller Regel unter dem Gesichtspunkt erörtert, worin der Unterschied zum Gesellschaftszweck liegt bzw. ob und unwieweit zwischen beiden Begriffen Berührungspunkte bestehen[2]. Es werden daher Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand gemeinsam untersucht, zumal sie naturgemäß in engem Zusammenhang stehen.

Der Gegenstand des Unternehmens wird in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG unmittelbar oder mittelbar gekennzeichnet durch den Betrieb oder Nichtbetrieb eines Handelsgewerbes. Dessen Vorliegen ist maßgebend dafür, ob es sich um eine handelsgewerbetreibende Gesellschaft handelt oder nicht. Damit wird zur Klärung des Begriffs Unternehmensgegenstand zunächst einmal eine Verbindung hergestellt zum Begriff des Handelsgewerbes, der in §§ 1 II, 2, 3 II HGB definitorisch für das Handelsrecht geregelt ist[3].

Das Handelsgewerbe ist ein Unterfall des umfassenderen Begriffs Gewerbe[4]. Ein solches liegt vor, wenn auf wirtschaftlichem Gebiet eine selbständige Tätigkeit in planmäßiger, fortgesetzter,

---

1) O. v.Gierke, Genossenschaftsrecht, S. 1015.
2) Vgl. Zöllner, S. 26 ff, m.w.N.
3) Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn.2.
4) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 4.

auf Dauer angelegter und nach außen in Erscheinung tretender Weise ausgeübt wird, soweit nicht die Tätigkeit auf Grund besonderer Vorschriften[1] oder der Verkehrsanschauung[2] als nichtgewerblich anzusehen ist[3]. Zu der gewerblichen Tätigkeit muß nach h.M.[4] das subjektive Moment des Strebens nach Gewinnerzielung hinzutreten. Zum Handelsgewerbe wird das Betreiben eines Gewerbes dadurch, daß zusätzlich die in den §§ 1 II, 2, 3 II HGB aufgeführten objektiven Kriterien erfüllt werden. Das Betreiben eines Handelsgewerbes erfordert also in objektiver Sicht die Ausübung einer in den genannten Vorschriften umschriebenen Tätigkeit unter bestimmten oben aufgeführten Begleitumständen sowie in subjektiver Sicht das Streben nach Gewinn mit Hilfe dieser Tätigkeit.

---

1) Z.B. § 2 II BRAO; § 1 II WPO; § 1 II StBerG.

2) Z.B. bei künstlerischer Tätigkeit und bei den freien Berufen, bei denen eine Regelung fehlt, die sie ausdrücklich aus dem Kreis der Gewerbetreibenden herausnimmt; vgl. Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 13; Gierke-Sandrock, S. 115.

3) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 4 ff; Baumbach-Duden, § 1, Anm. 1; Capelle, S. 11 f; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 1, Rdn. 27.

4) Ständige Rechtsprechung (Nachweise bei Baumbach-Duden, § 1, Anm. 1 B);
Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 6-10; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 1, Rdn. 23, 27; a.A. Raisch, JuS 1967, 533, 537; Sandrock-Gierke, S. 114; siehe auch Raisch, Voraussetzungen, S. 128 ff, 186 ff.
Die Gewinnabsicht ist bei Privatpersonen zu vermuten, bei Betrieben der öffentlichen Hand im Einzelfall festzustellen (BGHZ 49, 258, 260; siehe dazu auch Baumbach-Duden, § 1, Anm. 7).

Ohne Bedeutung für das Vorliegen der Gewinnabsicht ist es, wozu der Überschuß verwandt wird. Selbst wenn er letztlich zu gemeinnützigen, wohltätigen oder ideellen Zwecken benutzt werden soll, kommt es darauf für das Tatbestandsmerkmal "Absicht der Gewinnerzielung" nicht an (Heymann-Kötter, § 1, Anm. 7, m.w.N.).

Der Meinungsstreit über die Gewinnabsicht als Merkmal des Handelsgewerbes ist für die etwaige Anwendung des Kaufmannsrechtes auf die Zivil-AG oder Zivil-GmbH ohne Bedeutung, wie die einschlägigen Ausführungen von Raisch (Voraussetzungen, S. 215; siehe auch oben S.24) deutlich machen.

Bezüglich dieser beiden Momente wird in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG vom Wortlaut her nur auf das objektive Merkmal der Tätigkeit der AG oder der GmbH abgestellt, um den Unternehmensgegenstand als das Betreiben eines Handelsgewerbes anzusehen. Das hängt damit zusammen, daß im Recht dieser Gesellschaften - wie bereits angedeutet - zwischen dem Gegenstand und dem Zweck der Gesellschaft zu unterscheiden ist[1) 2)]. Nach § 1 I GmbHG kann eine GmbH zu jedem zulässigen Zweck errichtet werden. Die Gesellschaftssatzung muß eine Aussage über den Gegenstand des Unternehmens enthalten (ebenso für die AG § 23 III Nr. 2 AktG).

Früher setzte man den Unternehmensgegenstand mit Gesellschaftszweck gleich[3)], was auch heute noch vereinzelt[4)] geschieht. Dem widerspricht bereits, daß im GmbHG zwischen beiden Begriffen unterschieden ist. Noch schärfer wird der Unterschied im GenG hervorgehoben. § 1 I GenG legt als Begriffsmerkmal der Genossenschaft fest, daß sie die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder bezweckt. Dieser allgemeine Förderungszweck ihrer Mitglieder kann auf verschiedene Weise erreicht werden, nämlich durch die einzelnen der Genossenschaft zugänglichen Unternehmensgegenstände[5)], die in

---

1) Zu den Vorschlägen, an Stelle der Begriffe Zweck oder Gegenstand der Gesellschaft andere Ausdrücke (naher oder entfernter Zweck, unmittelbarer oder mittelbarer Zweck) zu setzen, siehe Zöllner, S. 27.

2) Für das AktG: Kraft in Kölner Kommentar zum AktG § 3, Rdn. 2; Barz in Großkomm. zum AktG, § 23, Anm. 11; nicht ganz klar Godin-Wilhelmi, § 3, Anm. 1; Baumbach-Duden, AktG, § 3, Rdn.2.
Für das GmbHG: RGZ 164, 129, 140 = RG 1940, 1726, 1727; Schilling in Hachenburg, § 1 Rdn. 3-5 und § 3, Rdn. 17; Scholz, § 1, Rdn. 4 und § 3, Rdn. 5; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 1, Anm. 1; Vogel, § 1, Anm. 2; Lüdtke-Handjery, BB 1973, 68, 69.
Allgemein: Zöllner, S. 26 ff.

3) Nachweise bei R. Fischer, S. 88, FN 23 und Feine, S.78, FN 1; in der Rechtsprechung letztmalig RG DR 1939, 720, 721.

4) Nachweise bei Zöllner, S. 26, FN 26.

5) Z.B. Bezug, Absatz, Verwertung, Kreditgewährung (vgl. die beispielhaft aufgezählten Genossenschaftsarten in § 1 I Nr. 1-7 GenG).

der Satzung festzulegen sind (§ 6 Nr. 2 GenG).

Nicht anders als bei den Genossenschaften ist das Verhältnis von Unternehmensgegenstand zum Gesellschaftszweck bei der AG und der GmbH zu sehen. Der Zweck ist das allgemein leitende Ziel der Gesellschaft[1], das beim Betreiben eines Handelsgewerbes in der Gewinnerzielung besteht. Dieses Ziel verwirklicht die Gesellschaft durch ihre Tätigkeit, d.h. den Gegenstand des Unternehmens[2]. Ist dieser z.B. die Herstellung und der Vertrieb von Landmaschinen aller Art[3], so verwirklicht die Gesellschaft ihren Gewinn durch Herstellung und Vertrieb der entsprechenden Geräte.

Der Unternehmensgegenstand ist jedoch nicht ein bloßes Mittel zur Zweckerreichung mit der Folge, daß beide Begriffe losgelöst nebeneinander stehen[4]. Vielmehr ist der Unternehmensgegenstand ein Bestandteil des Gesellschaftszwecks[5]. Vergleicht man beide Begriffe mit den entsprechenden Begriffen im Recht der handelsrechtlichen Personengesellschaften, so folgt aus §§ 105 I, 161 I HGB, wonach der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein muß, daß dort der Zweck nicht allein die Gewinnerzielung, sondern notwendig auch den Betrieb eines Handelsgewerbes verlangt[6]. Gewinnerreichung und die darauf gerichtete Tätigkeit sind bei diesen Gesellschaften als zusammengehörende Bestandteile verbunden.

Das gilt auch für die AG und die GmbH. Auch bei diesen ist der Unternehmensgegenstand echter, nicht fortzudenkender

---

1) Feine, S. 78; Loidl, S. 3.

2) Zöllner, S. 28; Feine, S. 78; Loidl, S. 3; vgl. auch Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 4.

3) Vgl. § 23 III Nr. 2, 2. Halbsatz AktG.

4) So aber R. Fischer, S. 88 f; Feine, S. 78. Im Gegensatz dazu bezieht Feine bei den Ausführungen zu § 61 GmbHG den Unternehmensgegenstand in den Gesellschaftszweck ein (S. 631).

5) Zöllner, S. 27.

6) Vgl. Zöllner, S. 27. Ballerstedt bezeichnet bei der OHG und KG den Zweck als das Betreiben eines Gewerbes in der zur Gewinnerwirtschaftung erforderlichen Weise (JuS 1963, 253, 254).

Bestandteil des Gesellschaftszwecks, d.h. unmittelbares Zweckelement. Beide Begriffe stehen in "engstem Zusammenhang"[1], wobei der Zweck als der umfassendere Begriff den des Unternehmensgegenstandes mitumfaßt[2].

Der enge Zusammenhang zwischen beiden Begriffen hat zur Folge, daß mit der in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG erfolgten Zulassung jedes beliebigen Gegenstandes gleichzeitig auch jeder beliebige Zweck zugelassen wird[3]. Die Vorschrift des § 1 GmbHG dient daher nur der Klarstellung. Das Fehlen einer gleichartigen Norm im AktG und im RegEGmbHG ist unschädlich, da bereits vom Unternehmensgegenstand her auf den Zweck geschlossen werden kann[4].

Trotz der engen Verbundenheit von Gesellschaftszweck und Gegenstand des Unternehmens stellen jedoch die §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG bei der Definition der Handelsgesellschaft allein auf das objektive Kriterium der Tätigkeit der Gesellschaft ab. Anders als bei der OHG und der KG (§§ 105 I, 161 I HGB) wird nicht der gesamte Gesellschaftszweck zur Festlegung der AG und der GmbH als Handelsgesellschaft herangezogen. Vielmehr ist allein auf das tatsächliche Verhalten der Gesellschaft abzustellen. Sie ist Handels-AG oder Handels-GmbH bei einer ein Handelsgewerbe darstellenden Tätigkeit, ohne daß auf das Gewinnstreben abzustellen ist. Sie ist Zivil-AG oder Zivil-GmbH bei Ausübung einer anderen als einer handelsgewerblichen Tätigkeit - z.B. bei einer caritativen Tätigkeit -, ohne daß es auf das verfolgte Ziel - etwa anderen zu helfen - ankommt. Daraus folgt, daß angesichts der Zulassung jedes beliebigen Unternehmensgegenstandes in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG,

---

1) Wilke-Schaudwet in Handbuch der GmbH, I. Teil, Rdn. 52.

2) Zöllner, S. 27; Loidl, S. 3.

3) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 3, Anm. 2.

4) RGZ 164, 129, 140 = RG DR 1940, 1726, 1727; Zöllner, S. 27; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 1 Anm. 1 B; Scholz, § 1, Rdn. 4; Schilling in Hachenburg (6. Aufl.), § 1, Anm. 14; Wilke-Schaudwet in Handbuch der GmbH, I. Teil, Rdn. 52.

§ 3 RegEGmbHG es gerechtfertigt ist, zwischen der Handels-AG oder Handels-GmbH einerseits und der Zivil-AG oder Zivil-GmbH andererseits zu unterscheiden.

bb) Die Feststellung des Unternehmensgegenstandes

Die in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG vorgenommene Einteilung der AG und der GmbH in Handels- und Zivilgesellschaften anhand der Abgrenzung nach dem Gegenstand des Unternehmens kann nur bei einer klaren Feststellung erfolgen, was im Einzelfall die konkrete Tätigkeit der Gesellschaft ist. Das läßt sich meist ohne weiteres erkennen. Zuweilen bestehen jedoch Schwierigkeiten[1]. Zwar muß die Satzung eine Aussage über den Gegenstand des Unternehmens enthalten (§§ 23 III Nr. 2 AktG, 3 I Nr. 2 GmbHG, 9 III Nr. 2 RegEGmbHG), doch reicht diese Angabe für eine eindeutige Klärung nicht immer aus. So mangelt es gelegentlich an einer näheren Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes, indem etwa von "Handelsgeschäften jeder Art", "Beteiligung an anderen Unternehmen", "Übung von Wohltätigkeit", "Unterstützung der Wissenschaft"[2] die Rede ist.

Es kommt auch vor, daß zwar die Satzung den Unternehmensgegenstand erläutert, die ausgeübte Tätigkeit aber eine andere ist[3]. Das kann daran liegen, daß sich Aufgabe, Organisation und Tätigkeit der Gesellschaft geändert haben, ohne daß die Satzung dem angeglichen wurde[4]. Ursache kann weiter sein, daß man sich bei Abfassung des Gesellschaftsvertrages an in Formularbüchern[5] stehende Muster ohne Anpassung an die Einzelverhältnisse gehalten hat. Auch kann der beurkundende Notar die Einsetzung sogenannter herkömmlicher oder bewährter Klauseln zur Vermeidung kostenverursachender Satzungsänderungen

---

1) Vgl. Loidl, S. 115 f.

2) Schilling in Hachenburg (6. Aufl.), § 3, Anm. 9; Barz in Großkomm. zum AktG, § 23, Anm. 11.

3) Loidl, S. 4.

4) Loidl, S. 4.

5) Wilke-Schaudwet in Handbuch der GmbH, V. Teil; die Bücher von Ripfel, Sudhoff und Möhring-Schwartz-Rowedder-Haberlandt.

veranlaßt haben[1]. Schließlich wird ab und zu in der Satzung der Unternehmensgegenstand bewußt verschleiert, etwa um die Offenlegung der wahren Gesellschaftsverhältnisse zu vermeiden[2]. Diese Erscheinung war früher besonders bei Kartellgesellschaften zu beobachten[3], kommt aber noch heute vereinzelt vor[4].

Es ergibt sich somit, daß die Aussagekraft der Satzung über den Unternehmensgegenstand bisweilen gering ist und daß aus ihr teilweise falsche oder ungenaue Schlüsse gezogen werden können[5]. Deshalb sind zur Feststellung des Unternehmensgegenstandes neben der Satzung auch der übrige Inhalt des Gesellschaftsvertrages, das tatsächliche Geschäftsgebaren sowie die Gesamtumstände heranzuziehen[6]. Erst dadurch läßt sich der wirkliche Unternehmensgegenstand erkennen.

---

1) Loidl, S. 4.

2) Eine ähnliche Erscheinung ist bei den eingetragenen Vereinen zu beobachten, wo durch Aufbauschung idealer Ziele versucht wird, von einem etwaigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb abzulenken (§§ 21, 22 BGB); siehe im einzelnen Schroif, S. 3 f. Vgl. auch Sack, ZGR 1974, 179 f.

3) Eindämmend wirkte hier die Einführung des öffentlichen Kartellregisters (§ 9 VI GWB); vgl. Loidl, S. 3 f, FN 13, m.w.N.

4) Held, S. 98 f; vgl. auch Schilling in Hachenburg (6. Aufl.), § 1, Anm. 4 und Anhang II zu § 3, Anm. 18; Zöllner, S. 28.

5) Aus diesen Gründen kritisiert Loidl (S. 4, FN 18) die Untersuchung von Jutta Limbach, die ihre Analyse über die Theorie und Wirklichkeit der GmbH allein auf eine Auswertung der Satzungen gestützt hat.

6) RGZ 164, 129, 140 = DR 1940, 1726, 1727; Scholz, § 1, Rdn. 4.

c) Die Einteilung in die Handels-AG oder Handels-GmbH und Zivil-AG oder Zivil-GmbH anhand des Unternehmensgegenstandes

Die konkrete Tätigkeit der AG oder GmbH ist entscheidend dafür, ob es sich um eine Zivil- oder um eine Handels-AG bzw. Handels-GmbH handelt. Letzten Gesellschaften steht bis auf einige Ausnahmen bei der GmbH[1] jede handelsgewerbliche Tätigkeit offen. Die Zivil-AG oder Zivil-GmbH dagegen betreibt etwas anderes als ein Handelsgewerbe.

Zunächst fallen unter die Zivilgesellschaften bei der AG oder bei der GmbH solche, die zwar keine handelsgewerbliche, wohl aber eine gewerbliche Tätigkeit ausüben. Sie stehen dadurch der Handels-AG bzw. GmbH sehr nahe. Ihr Unternehmensgegenstand fällt nur deshalb nicht unter das Handelsgewerbe des § 2 HGB, weil der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Diese Gesellschaften sind bei der AG angesichts des notwendigen Grundkapitals von mindestens DM 100.000,- (§ 7 AktG) wohl kaum zu finden, aber denkbar. Bei der GmbH (Mindeststammkapital DM 20.000,-; §§ 5 I GmbHG, RegEGmbHG) werden sie schon eher anzutreffen sein.

Sodann zählen zu den Zivilgesellschaften in Form der AG oder GmbH die Gesellschaften, welche nicht nur keine handelsgewerbliche, sondern überhaupt keine gewerbliche Tätigkeit ausüben. Diese Gesellschaften sind meist gemeint, wenn von der Zivil-AG bzw. Zivil-GmbH die Rede ist. Über sie hat in jüngster Zeit LOIDL seine rechtstatsächliche Untersuchung veröffentlicht[2]. Auf dessen Einteilung in einzelne Unterarten der Zivil-AG oder Zivil-GmbH wird angesichts der spär-

---

1) So darf z.B. eine GmbH nicht ein Hypothekengeschäft oder bestimmte Versicherungsgeschäfte betreiben; siehe im einzelnen Baumbach-Hueck, GmbHG, § 1, Anm.1 C; Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 9, 10.

2) Besprechung in ZHR 137 (1973), 91 durch Krekeler.

lichen Spezialliteratur und angesichts seiner vielen Beispiele aus der Praxis verwiesen.

LOIDL hat sich zwar vorwiegend mit der Zivil-GmbH beschäftigt. Doch lassen sich seine Aussagen auf die Zivil-AG wegen der gleichen Regelung in den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG übertragen, zumal LOIDL an verschiedenen Stellen darauf hinweist[1], daß die jeweils dargestellte Unterart der GmbH auch in Form der AG vorkommt. Außerdem ist der Unternehmensgegenstand notwendiger Teil des Gesellschaftszwecks, so daß auch insoweit keine Bedenken bestehen.

Man unterscheidet, ohne daß dies rechtlich bedeutsam ist, bei der Zivil-AG oder Zivil-GmbH zwei Untergruppen: Gesellschaften, die auf wirtschaftlichem Gebiet - im weitesten Sinne verstanden - tätig sind, ohne ein Handelsgewerbe oder Gewerbe auszuüben, und solchen Gesellschaften, die rein ideale Aufgaben wahrnehmen. Zur ersten Gruppe zählen z.B. Holdinggesellschaften, stiftungsähnliche Gesellschaften bei der GmbH, betriebliche Unterstützungskassen, Betriebserholungsheime, Betriebskantinen, Förderungsvereinigungen wie Forschungsgemeinschaften, Kartelle, StB- und WP-Gesellschaften in Form der AG oder der GmbH[2]. Zur zweiten Gruppe gehören z.B. die Gesellschaften zur Förderung von Wissenschaft, Kunst und Kultur, Studentenwohnheime, klösterliche und kirchlich-caritative Verbände[3]. Weiter zählen dazu die Gesellschaften, die als Hilfsgesellschaften für nicht-rechtsfähige Vereine geselliger, sportlicher oder sonstiger gemeinnütziger Art das Grundeigentum - etwa zum Bau eines Vereinshauses - erwerben[4]. Früher kam es sogar vor, daß Freimaurerlogen[5]

---

1) Etwa S. 8, 39, 66, 98, 104.

2) Loidl, S. 8-78; Raisch, Voraussetzungen, S. 219; Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 12, 13; Scholz, § 1, Rdn. 6.

3) Loidl, S. 79-106; Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 14-18; vgl. auch Feine, S. 20 f.

4) Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 20.

5) Staub, GmbHG, § 13, Anm. 17.

und Studentenverbindungen[1] in Form einer AG oder GmbH betrieben wurden.

Zuweilen ist der nichtgewerbliche Unternehmensgegenstand nicht oder kaum erkennbar[2]. Die Gesellschaften treten im Rechtsverkehr als gewerbetreibend auf und rufen den entsprechenden Anschein hervor. Sie zählen zwar vom Unternehmensgegenstand zu den Zivilgesellschaften, verwischen aber nach außen ihre nichtgewerbliche Tätigkeit.
Statistische Angaben über die beiden Arten der GmbH oder AG (Handels- bzw. Zivilgesellschaften) gibt es kaum[3]. Sicher ist allerdings, daß die Handels-AG und Handels-GmbH weit überwiegen und den Regelfall bilden. Jutta LIMBACH berichtet[4], daß von 486 Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die in den Jahren 1961 bis 1963 in das für Westberlin beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg geführte Handelsregister eingetragen wurden, 436 (89,7 %) ein Handelsgewerbe betrieben haben[5]. Bei den Aktiengesellschaften ist der Prozentsatz der Handels-AG noch größer. Das erforderliche Grundkapital, die Notwendigkeit der Bildung eines Aufsichtsrats, das komplizierte Rechnungswesen und die weitgehenden Publizitäts-

---

1) Wolff, S. 128; Staub, GmbHG, § 13, Anm. 19; O. v.Gierke, Vortrag, S. 18.

2) Loidl, S. 3; hinsichtlich der Kartell-GmbHs, Held, S. 98 f. Vgl. auch Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 5.

3) Vgl. Loidl, S. 2, 115; siehe auch unten S.163 ff.

4) Jutta Limbach, S. 31 f, 82.

5) Nur 50 (10,3 %) waren also Zivil-GmbHs.

6) Fränkel (S.39) berichtet, daß 1913 in Preußen 600 (879 für das Deutsche Reich) "sonstige" Gesellschaften mit beschränkter Haftung und 173 "sonstige" preußische Aktiengesellschaften bestanden. Zu den "sonstigen" Gesellschaften zählte er vor allem die nichtwirtschaftlichen, ideellen Zwecken dienenden Gesellschaften, z.B. gemeinnützige GmbHs; vgl. auch Feine, S. 20 f.

vorschriften[1] haben zur Folge, daß die Form der AG nur sehr selten bei nicht handelsgewerblicher Tätigkeit gewählt wird. Doch kommt die AG selbst bei caritativen und klösterlichen Gemeinschaften zuweilen vor[2]. Bei Holding-[3] oder Kartellgesellschaften[4] ist sie vergleichsweise sogar öfter zu finden.

Die GmbH unterliegt in mancher Hinsicht nicht den Beschränkungen, welchen die AG unterworfen ist. Sie kann in ihrer Satzung weitgehend den Bedürfnissen des Einzelfalles angepaßt werden, was ihre Bevorzugung bei den Zivilgesellschaften erklärt. Deutlich wird dies bei einem Vergleich der WP-Gesellschaften. Die nach dem Stand vom Mai 1970 anerkannten WP-Gesellschaften im Bundesgebiet teilen sich wie folgt auf[5]:

Rechtsformen	Anzahl der Gesellschaften	
	absolut	relativ
Kapitalgesellschaften		
AG	40	14,8
GmbH	199	74,0
Personengesellschaften[6]	30	11,2
Insgesamt	269	100,0

Es läßt sich also sagen, daß trotz der relativ geringen Zahl der Zivil-AG bzw. der Zivil-GmbH es bei diesen Gesellschaften ein mannigfaltiges Erscheinungsbild gibt. Sowohl die Zivil-AG wie die Zivil-GmbH haben ein nicht zu übersehendes Eigengewicht, welches eine Klärung ihrer rechtlichen Stellung im Handelsrecht erheischt.

---

1) Vgl. Loidl, S. 1 f, 108.

2) Loidl, S. 104; siehe auch Siepen, S. 290-299, 310 ff (statistische Übersicht).

3) Loidl, S. 8, 107 f.

4) Loidl, S. 66; Held, S. 19, 98.

5) Nach Schruff, S. 35 f.

6) Siehe dazu unten, S. 73 ff.

d) Die AG und die GmbH als Handelsgesellschaften

Die Vorschriften der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG erklären jede AG und GmbH zu Handelsgesellschaften, ohne Rücksicht auf den Unternehmensgegenstand. Dabei wird zur Definition des Begriffs "Handelsgesellschaft" der Ausdruck " g e l t e n " verwendet. Das Wort "gelten" hat bei einer gesetzlichen Begriffsbestimmung die Bedeutung einer gesetzlichen Fiktion[1], weshalb ESSER[2] von einer definitorischen Fiktion spricht[3]. Damit handelt es sich bei §§ 3 AktG, 13 GmbHG, 3 RegEGmbHG um definitorische Rechtssätze, die sich zur Begriffsbestimmung einer definitorischen Fiktion bedienen. Angesichts der oben getroffenen Feststellung, daß es in diesen Vorschriften bei der Entscheidung des Unternehmensgegenstandes und bei den Gesellschaftsarten entscheidend auf die objektive und tatsächliche Tätigkeit ankommt, fragt es sich, welche Bedeutung und welchen Umfang die gesetzliche Fiktion hat.
Eine Fiktion besteht in der gewollten Gleichsetzung eines als ungleich Gewußten[4]. Wird in einer Gesetzesvorschrift ein Begriff definiert, so kann diese Gleichsetzung nur erfolgen, wenn ein Begriff, der in der allgemeinen Umgangssprache eindeutig festgelegt ist, in dem betreffenden Rechtssatz in seiner Bedeutung erweitert oder eingeschränkt wird[5]. Handelt es sich dagegen um einen rein technisch-juristischen Begriff, d.h. um einen Ausdruck, der in der Rechtssprache eine anerkannte selbständige Bedeutung besitzt[6] - z.B.

---

1) Vgl. Larenz, S. 245 f.

2) Esser, S. 98 ff.

3) Vgl. allgemein zur Bedeutung des Wortes "gelten" in der Gesetzgebungstechnik Hw. Müller, S. 105 f.

4) Larenz, S. 245, m.w.N. in FN 17.

5) Beispiel: der frühere § 1589 II BGB, wonach das uneheliche Kind als mit seinem Vater nicht verwandt galt. Hier wurde der im allgemeinen Sprachgebrauch benutzte Ausdruck "Verwandtschaft" im Gesetz näher umgrenzt (Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 204).

6) Esser, S. 101.

Leistung, Einwilligung, Verfügung, Wandlung usw.[1] -, so hat das Wort "gelten" lediglich die Bedeutung einer Umschreibungsform, mit der bei der Gesetzesredaktion die Definition kenntlich gemacht werden soll[2].

In diesen Fällen liegt nur eine scheinbare Fiktion vor[3]. In Wirklichkeit erfolgt eine nähere Erläuterung eines juristischen Ausdrucks[4]. Ist allerdings dabei eine sachlich gerechtfertigte Abänderung des sonst im Gesetz üblichen Sprachgebrauchs zu erkennen, so hat die fiktionsweise Erläuterung einen besonderen Grund[5], und es liegt eine Begriffsverschiebung vor. Es wird etwas als ungleich Gewußtes gleichgesetzt, so daß wiederum eine echte Fiktion vorliegt[6].

Besteht der Unternehmensgegenstand einer AG oder GmbH im Betrieb eines Handelsgewerbes, so übt diese Gesellschaft eine vom Handelsrecht her bestimmte Tätigkeit aus. Hier liegt in den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG eine bloße Klarstellung des rechtlichen, nicht aus der Umgangssprache stammenden Begriffs "Handelsgesellschaft" vor, und die gesetzliche Feststellung stimmt mit dem Tatsächlichen überein. Ebenso wie bei der OHG und der KG macht das Betreiben des Handelsgewerbes die AG oder die GmbH zur Handelsgesellschaft[7].

---

1) Larenz, (2. Aufl.), S. 204; vgl. auch S. 247 in der 3. Aufl. ("Leistung" i.S. von § 812 BGB).

2) Larenz, S. 247; Esser, S. 99, 101.

3) Esser, S. 99.

4) Larenz, A. 247.

5) Esser, S. 104, 107.

6) Esser, S. 104-111; vgl. auch S. 112 f.

7) Vgl. § 78 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts von 1857: "Eine Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Erwerb durch Handelsgeschäfte heißt Handlungs- oder Handelsgesellschaft", (abgedruckt in den Nürnberger Protokollen, Beilageband, I. Teil, S. 83); siehe auch v.Hahn, Vorbemerkung zum 2. Buch, S. 305 f).

Eine solche AG oder GmbH i s t daher Handelsgesellschaft[1].

Anders verhält es sich bei der Zivil-AG und Zivil-GmbH. Da im Gesetzeswortlaut ("auch wenn .... besteht") ebenfalls diese Gesellschaften zu Handelsgesellschaften erklärt werden, wird deutlich, daß die §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG sich besonders auf diese Vereinigungen beziehen. Im Gesetz erfolgt also eine Ausweitung des Begriffs "Handelsgesellschaft" auf einen außerhalb dieses Rechtsgebietes befindlichen Bereich[2]. Es wird in das Handelsrecht einverleibt, was der inneren Natur nach in das allgemeine Bürgerliche Recht gehört[3]. Aus diesem Grunde liegt insoweit eine besonders begründete Abweichung vom üblichen Gebrauch des Begriffs Handelsgesellschaft vor. Das hat zur Folge, daß bei der Zivil-AG und der Zivil-GmbH in den §§ 3 AktG, 13 IIIGmbHG, 3 RegEGmbHG eine echte Fiktion zu sehen ist.

In dieser teilweisen Fiktion[4] liegt die eigentliche Bedeutung der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG[5]. Sie besagen, daß bei Betreiben eines Handelsgewerbes die AG oder die GmbH eine Handelsgesellschaft ist. Wird aber etwas anderes ausgeübt, so wird die entsprechende AG oder GmbH zwar den Handelsgesellschaften gleichgesetzt. Sie "ist" jedoch keine Handelsgesellschaft[6], sondern "gilt" als eine solche Gesellschaft.

---

1) Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 2, 3.

2) Vgl. Nußbaum, ZHR 76 (1915), 325, 326 f; Raisch, Voraussetzungen, S. 216.

3) K. Lehmann, S. 145.

4) Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn.2, 3; Raisch, Voraussetzungen, S. 216; Mutze, Kennzahl 180, S.2. Teichmann-Koehler (§ 3, Anm. 3) sprechen von einer unwiderleglichen Rechtsvermutung; eine solche praesumtio iuris et de iure stellt aber nach h.M. nur einen Sonderfall der Fiktion dar (Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 203, FN 2; Esser, S. 50 ff).

5) Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn. 2.

6) So aber Wolff, S. 127.

Infolge des gesetzestechnischen Mittels der Fiktion ist sie rechtlich als Handelsgesellschaft anzusehen, "auch wenn" der Betrieb eines Handelsgewerbes fehlt[1].

Die gewonnene Erkenntnis entspricht dem Sinn einer Fiktion. Eine solche bezweckt die Anwendung der für einen Tatbestand (T 1) gemachten Aussage auf einen anderen Tatbestand (T 2)[2]; es wird T 2 zu einem Fall von T 1 fingiert, so daß teilweise[3] von den Fiktionen als verdeckten Verweisungen gesprochen wird. Weil es um die Geltungsanordnung einer gesetzlichen Vorschrift geht, ist darin nicht die "Behauptung" zu sehen, T 2 sei gleich T 1, also hier, die Zivil-AG oder die Zivil-GmbH sei gleich oder ein Fall der Handels-AG oder Handels-GmbH. Die gesetzliche Fiktion hat vielmehr nur die "Anweisung" oder "Aufforderung" zum Inhalt, daß im Falle T 2 die gleiche gesetzliche Wirkung eintreten solle wie im Falle T 1[4].

Die Fiktionen in den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG bedeuten mithin, daß auch die Zivil-AG und die Zivil-GmbH so "anzusehen" sind, "als ob" sie Handelsgesellschaften seien, ohne dadurch mit der Handels-AG oder Handels-GmbH tatsächlich identifiziert zu werden. Die gewählte Struktur als AG oder GmbH stempelt also diese nicht von selbst zu einer echten Handelsgesellschaft[5]. Die §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG sind daher wie folgt zu lesen:

---

1) Eckardt spricht von einer mißverständlichen Formulierung in § 3 AktG. Diese Vorschrift müßte eigentlich lauten: "Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, wenn ..." (Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 3, Rdn.2).

2) Larenz, S. 245; Lehmann-Hübner, S. 37; von Tuhr, Band I, S. 24.

3) Esser, S. 26 ff; vgl. auch Lange, S. 52.

4) Larenz, S. 245; Esser, S. 31 f; Lehmann-Hübner, S. 37; von Tuhr, Band I, S. 24.

5) Vgl. K. Lehmann, S. 145.

Die AG (GmbH) ist Handelsgesellschaft (im Sinne des Handelsgesetzbuches), sofern der Gegenstand des Unternehmens im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Besteht der Unternehmensgegenstand nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes, so gilt die AG (GmbH) als Handelsgesellschaft.

e) Folgerung und Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die definitorischen Rechtssätze der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG zwei verschiedene Tatbestände behandeln und damit zwei Aussagen gemacht werden. Bei der einen Aussage handelt es sich um eine klarstellende, daß die Handels-AG und die Handels-GmbH Handelsgesellschaften sind. Darüber hinaus enthalten sie die Fiktion, daß die Zivil-AG und die Zivil-GmbH als Handelsgesellschaften zu betrachten sind. Das bedeutet für die zu diesen Aussagen in § 6 I HGB normierte Rechtsfolgeanordnung, daß den wirklichen Handelsgesellschaften bei einer AG oder GmbH und ebenso den fingierten Handelsgesellschaften dieser Rechtsform die Kaufmannseigenschaft verliehen wird. Bei beiden tritt die gleiche Rechtsfolge ein, daß auf sie das Kaufmannsrecht anwendbar ist. Bei dieser Gleichsetzung in der angeordneten Rechtsfolge besteht allerdings ein Unterschied darin, daß auf die Handelsgesellschaften der AG und der GmbH kraft Gewerbebetriebs das Kaufmannsrecht anzuwenden ist. Dagegen tritt bei der Zivil-AG oder Zivil-GmbH das Merkmal "Betreiben eines Handelsgewerbes" weder bei der Fiktion der Gesellschaft noch beim Erwerb der Kaufmannseigenschaft hinzu. Das hat zur Folge, daß - nur vom Wortlaut des § 6 I HGB her gesehen - auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH das Kaufmannsrecht des HGB auch ohne Betrieb eines Handelsgewerbes anwendbar erscheint.

3. Die AG und die GmbH als Form- und Vollkaufmann (§ 6 II HGB)

Hinsichtlich des bei der Erörterung der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG gefundenen Ergebnisses stellt sich die Frage, in welcher Beziehung dies zu § 6 II HGB steht.

Nach dieser Vorschrift ist das für die Vollkaufleute normierte Recht auf die Vereine anzuwenden, denen "das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt". Der zitierte Gesetzeswortlaut wird immer wieder zur Stütze der Theorie aufgeführt,daß entgegen der Regelung für die sonstigen Kaufleute der Betrieb eines Handelsgewerbes für die Kaufmannsstellung der unter § 6 II HGB fallenden Vereinigungen nicht Voraussetzung sei[1]. Vielmehr folge deren kaufmännische Natur allein aus ihrer Rechtsform (sogenannte Formkaufleute), und der Betrieb eines Handelsgewerbes sei erst die Folge der Kaufmannseigenschaft[2].

Zu den unter § 6 II HGB fallenden Vereinigungen gehören alle diejenigen, welche konstruktiv aus dem eingetragenen Verein (§§ 21 ff BGB) entwickelt wurden[3], also auch die AG, KGaA und GmbH[4]. Hinsichtlich dieser Vereinigungen und der eingetragenen Genossenschaften hat Otto von GIERKE im Jahre 1897 in der Diskussion vor Einführung des HGB den Begriff Formkaufmann geprägt, der von anderen schnell übernommen und bald allgemein üblich wurde[5]. GIERKE führte folgendes aus[6]:

> "... Für die offene Handelsgesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft liegt in der Kaufmannseigenschaft nichts Besonderes, da sie nur zum Betriebe eines Handelsgewerbes gebildet werden können und demgemäß eben als Personeneinheit kaufmännischer Art erscheinen. ... Allein die Aktiengesellschaften und ... Kommanditgesellschaften auf Aktien sind auch dann Kaufleute, wenn sie schlechthin kein Handelsgewerbe betreiben. Gleiches gilt für die ... Gesellschaften mit

---

1) Vgl. Baumbach-Duden, § 5, Anm. 1 E; Schmidt, OHG, S. 124 f.

2) So Ehrenberg, Handbuch, S. 101 ff.

3) Bandasch, § 6, Anm. 2.

4) Daneben zählt dazu die eingetragene Genossenschaft, die nach § 17 II GenG als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches "gilt".

5) Vgl. Wolff, S. 125, FN 1; Ehrenberg, Handbuch, S. 101, FN 1; J. v.Gierke, Handelsrecht, S. 182.

6) O. v.Gierke, Vortrag, S. 17 f.

> beschränkter Haftung und eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Hier erhalten wir die vierte Kategorie von Kaufleuten, die man Formkaufleute nennen kann. Denn sie sind lediglich um ihrer Körperform willen Kaufleute. Die einzelnen Mitglieder als solche nehmen natürlich an der Kaufmannseigenschaft nicht teil. Aber die Körperschaft als solche, als juristische Person ist Kaufmann, was immer ihr Zweck sein mag. ..."

Dieses Zitat zeigt, daß GIERKE mit dem Begriff Formkaufmann in erster Linie zum Ausdruck bringen wollte, daß ebenso wie Einzelpersonen und Personengemeinschaften (OHG, KG)[1] auch juristische Personen - u.a. die AG und die GmbH - Kaufleute sein können. Diese heute selbstverständliche Aussage (vgl. § 1 I AktG) war früher keineswegs allgemein anerkannt, sondern insbesondere während der Geltung des ADHGB im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung zwischen Romanisten und Germanisten in der Vereins-, Gesellschafts- und Genossenschaftstheorie umstritten[2]. Mehr als diese allgemeine Aussage über die Stellung der juristischen Person im Handelsrecht hat GIERKE nicht gemacht. Über die Einzelheiten der Kaufmannseigenschaft i.S. von § 6 I, II HGB hat er nichts gesagt, abgesehen davon, daß eine AG "auch dann" - also nicht allein, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt - Kaufmann ist, falls es sich um eine Zivil-AG handelt.

Abgesehen davon ist zu bedenken, daß § 6 II HGB nichts darüber besagt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vereinigung Handelsgesellschaft oder Kaufmann ist. Diese Vorschrift bezieht sich außerdem auch auf die eingetragene Genossenschaft, die

---

1) Zur Auffassung der heutigen h.M. über die Kaufmannseigenschaft einer OHG oder KG siehe Schmidt, JZ 1973, 299, 300.

2) Ablehnend z.B. Thöl, S. 274; vgl. im übrigen die Nachweise zu dem Meinungsstreit bei Molle, S. 10 ff; R. Fischer, S. 40 f; Bondi und Lenhoff in Staub-Pisko, Art. 207, Anm. § 3; siehe insbesondere K. Lehmann, S. 277 ff.

keine Handelsgesellschaft[1] ist[2]. Der Wortlaut von § 6 II HGB muß mithin nicht nur die AG und die GmbH, sondern auch die Genossenschaft umfassen. Das erfordert eine allgemein gehaltene Formulierung, die alle betroffenen Vereinigungen umfaßt[3]. Die Worte "ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens" haben somit nicht die Bedeutung, die Verleihung der Kaufmannseigenschaft nach § 6 I HGB oder § 17 II GenG abzuändern. Vielmehr stellen sie den Anknüpfungspunkt hinsichtlich der dort erfolgten Verleihung der Kaufmannseigenschaft dar. Die §§ 6 I HGB, 17 II GenG werden also durch § 6 II HGB in ihrer Bedeutung weder verändert noch geschmälert.

Für die von § 6 II HGB betroffenen Organisationen wird darin angeordnet, daß deren kaufmännische Rechte und Pflichten durch § 4 I HGB nicht berührt werden. Fehlte § 6 II HGB, so könnte sich die Frage ergeben, ob eine AG oder GmbH etwa aufhörte, Handelsgesellschaft zu sein, wenn ihr Betrieb zum Kleingewerbe herabsinken würde[4]. Ähnliche Fragen könnten bei der eingetragenen Genossenschaft entstehen[5]. Um solche Zweifel auszuschalten, bestimmt § 6 II HGB, daß die AG, GmbH und Genossenschaft immer Voll- und nie Minderkaufleute sind. Für die Kaufmannseigenschaft dieser Vereinigungen kommt es nicht darauf an, ob ihr Betrieb ein Kleinhandelsgewerbe ist oder

---

1) H.M.; vgl. Brüggemann in Großkomm. HGB, § 6, Anm.3; Baumbach-Duden, § 6, Anm.; Einf. Buch II, Anm. 1 A; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 260; Lang-Weidmüller, § 17, Anm. 4; Parisius-Crüger, GenG, § 17, Anm. 18, m.w.N.

2) Entgegen der h.M. (vgl. Paulick, ZHR 136 (1972), 307, 315 ff) vertritt neuerdings Mahlmann (insbesondere S. 124 ff) die Auffassung, daß die Genossenschaft eine Erwerbsgesellschaft sei.

3) Vgl. Schlegelberger -Hildebrandt-Steckhan, § 6, Rdn. 4.

4) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 6, Rdn. 3.

5) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 6, Rdn. 3.

wird. Ihr Gewerbe ist rechtlich immer ein Vollhandelsgewerbe.

Dies hat zur Folge, daß außer in den Fällen der §§ 2, 3 II HGB, die ein Vollhandelsgewerbe voraussetzen, auch bei Betreiben eines Handelsgewerbes i.S. von § 1 II HGB immer vom Betrieb eines Vollhandelsgewerbes auszugehen ist. Ebenso betreibt die AG oder die GmbH, die ein Kleingewerbe ausübt, das nicht unter § 1 II HGB, aber auch nicht unter § 2 HGB fällt, immer ein Vollhandelsgewerbe. Zwar gelten diese Gesellschaften nur kraft der Fiktion der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG als Handelsgesellschaften[1]. Als Kaufleute des HGB betreiben sie jedoch immer ein Vollhandelsgewerbe, ohne daß es auf das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 HGB ankommt. Der Streit, ob das entsprechende Kleingewerbe einer AG oder GmbH nach § 5 HGB als Handelsgewerbe anzusehen sei[2], kommt infolge § 6 II HGB nicht zum Tragen. § 5 HGB kann daher auf die AG und die GmbH von vornherein keine Anwendung finden[3].

Insoweit gesehen stellt § 6 II HGB nicht nur eine Ergänzung von § 6 I HGB dar. Vielmehr wirkt er sich zusätzlich hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft der ein nicht unter § 2 HGB fallendes Kleingewerbe betreibenden Gesellschaft dahin aus, daß diese im Handelsrecht immer als eine AG oder GmbH anzusehen ist, die ein Vollhandelsgewerbe betreibt. Im folgenden werden daher mit dem Begriff "handelsgewerbetreibende AG oder GmbH" (Handels-AG, Handels-GmbH) auch die Gesellschaften gemeint, welche ein von § 2 HGB nicht erfaßtes Kleingewerbe ausüben.

§ 6 II HGB ergänzt die in § 6 I HGB ausgesprochene Anwendung

---

1) Vgl. auch oben, S.38.

2) So Staub (Nachweise siehe oben, S.22, FN 3); dagegen Wolff, S. 130 f; Ehrenberg, Handbuch, S. 106; Brodmann, AktR, § 210, Anm. 4.

3) Vgl. Baumbach-Duden, § 5, Anm. 1 E.

des Kaufmannsrechts aber nicht nur bezüglich der Handels-AG oder der Handels-GmbH. Vielmehr ist nach § 6 II HGB das Recht der Vollkaufleute auch auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH anzuwenden[1]. Auch diese Gesellschaften sind Vollkaufleute, ohne daß es auf den fehlenden Handelsgewerbebetrieb ankommt.

Somit ergibt sich, daß weder historisch noch vom Inhalt des § 6 II HGB her gesehen der h.M. in ihrer Auslegung des Begriffs Formkaufmann zu folgen ist. Sedes materiae der Verleihung der Kaufmannseigenschaft an eine AG oder GmbH ist und bleibt allein § 6 I HGB, d.h. ihnen wird als wirklichen oder fingierten Handelsgesellschaften die Kaufmannseigenschaft verliehen. Dies wird in § 6 II HGB dahin ergänzt, daß bei der Handels-AG und der Handels-GmbH immer vom Betrieb eines Vollhandelsgewerbes auszugehen ist und diese Gesellschaften Vollkaufleute sind. Ebenso sind Vollkaufleute aber auch die Zivil-AG und die Zivil-GmbH.

4. Der Umfang der Anwendung des Kaufmannsrechts

Vom Wortlaut des § 6 HGB her gesehen ist auf jede AG und jede GmbH das gesamte Recht der Kaufleute, und zwar der Vollkaufleute, anzuwenden. Ob bei der Zivil-AG und der Zivil-GmbH eine Einschränkung dieser Anwendung erfolgen kann, weil einzelne Vorschriften des HGB nur vom Kaufmann und nicht vom Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes reden, ist daher eine Frage, die bei den betreffenden Vorschriften selbst zu untersuchen wäre. Voraussetzung für eine solche Prüfung ist jedoch, daß im HGB zwischen solchen Vorschriften unterschieden werden kann, die vom Kaufmann und vom Handelsgewerbebetrieb reden, und solchen, in denen allein vom Kaufmann gesprochen wird.

Sowohl die Vertreter der h.M.[2] wie die der Mindermeinung[3]

---

1) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 6, Anm. 4; Bandasch, § 6, Anm. 2.

2) Vgl. oben, S. 20 f.

3) Vgl. oben, S. 23.

zur Interpretation von § 6 I HGB ziehen zur Entscheidung dieses Problems vor allem § 343 HGB heran. Doch ist diese Vorschrift wenig ergiebig. Für beide Theorien ergeben sich Anhaltspunkte im Wortlaut, die von der jeweiligen Theorie angeführt werden, so daß § 343 HGB keine entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Zwar deckt sich das Argument der Mindermeinung mit der sonst herrschenden Auffassung zu § 343 HGB, daß zur Annahme eines Handelsgeschäftes die Kaufmannseigenschaft und der Betrieb eines Handelsgewerbes gehören[1]. Doch ist wiederum zu berücksichtigen, daß es bei der Zivil-AG und der Zivil-GmbH auf das fehlende Betreiben des Handelsgewerbes nicht ankommt. Dadurch entfällt einmal das Postulat, daß Kaufmannsbetrieb und Handelsgewerbe einander notwendig bedingen. Zum anderen ist es für eine etwaige Anwendung des § 343 HGB nicht entscheidend, daß kein Handelsgewerbebetrieb unterhalten wird. Bedeutsam ist insofern allein, ob die bloße Eigenschaft, Kaufmann zu sein, dann zur Anwendung des § 343 HGB ausreicht, wenn kein Handelsgewerbebetrieb vorliegt.

Zu berücksichtigen ist bei der Argumentation hinsichtlich der §§ 343 ff HGB zusätzlich, daß der Wortlaut des 3. Buches des HGB unzuverlässig ist, soweit es um den Begriff "Handelsgewerbe" geht. In den §§ 346, 355, 363 HGB ist davon nicht die Rede. Dennoch ist bei § 346 HGB unbestritten, daß die Vorschrift - abgesehen von den Kaufleuten nach § 6 I HGB - nur bei Kaufleuten mit handelsgewerblicher Tätigkeit eingreift[2]. Das gleiche wird hinsichtlich der §§ 355, 363 HGB angeführt[3].

Der Wortgebrauch und die Terminologie sind in der angrenzenden Frage ebenfalls im 1. Buch des HGB ungenau. Für den Begriff Handelsgewerbe finden sich viele Variationen. In den

---

1) Capelle, S. 93; Baumbach-Duden, Einf. Buch III, Anm. 1 B; §§ 343-345; Anm. 2, 3, 5; Schlegelberger-Hefermehl, § 343, Rdn. 3 ff; a.A. K.A. Eckardt, ZBlHR 1928, 345, 347 f.

2) Baumbach-Duden, § 346, Anm. 1 B "ergänze: für ihr Handelsgewerbe"; Wolff, S. 131, FN 18; K.A. Eckardt, ZBlHR 1928, 345, 349.

3) K.A. Eckardt, ZBlHR 1928, 345, 349.

§§ 18, 21-28 HGB wird vom Geschäft oder Handelsgeschäft gesprochen, obwohl in § 343 HGB der Begriff Handelsgeschäft im anderen Sinne festgelegt ist.

Diese Feststellungen zeigen deutlich, daß für das vorliegende Problem aus dem Wortlaut einzelner Vorschriften des HGB keine sicheren Schlüsse gezogen werden können. Fehlt im Wortlaut "im Betrieb seines" (des Kaufmanns) "Handelsgewerbe", so ist dies zu ergänzen. Deshalb ist WOLFF[1] in seinem Vorwurf gegenüber STAUB zu folgen, daß bei folgerichtiger Anwendung von dessen Lehre nur ganz wenige Rechtssätze des HGB überhaupt in Betracht kämen, die vielleicht keinen Bezug auf das Handelsgewerbe hätten[2]. Doch erweise sich bei näherer Betrachtung, daß auch diese Vorschriften vom Kaufmann in seinem Handelsgewerbe ausgingen.

Es ergibt sich mithin, daß sowohl im 1. wie im 3. Buch des HGB trotz des unzuverlässigen Wortlauts einzelner Normen alle Vorschriften vom Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes handeln. Das steht im Einklang damit, daß der Kaufmannsbetrieb des HGB am Einzelkaufmann orientiert ist[3], der zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft ein Handelsgewerbe betreiben muß. Er ist in allen Vorschriften des HGB angesprochen und ist der "Normadressat" dieses Gesetzes[4]. Infolgedessen können aus den übrigen Vorschriften des HGB keine Schlüsse dafür gezogen werden, welchen Umfang die Verleihung der Kaufmannseigenschaft nach § 6 HGB auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH hat.

---

1) Vgl. Wolff, S. 131; vgl. auch Baumbach-Duden, Einf. Buch III, Anm. 1 B.

2) Wolff zählt dazu die §§ 355, 362 I 2, 363 HGB (S. 131) und allenfalls die §§ 29 ff HGB; vgl. auch Raisch, Voraussetzungen, S. 217, FN 11.

3) Vgl. Schmidt, JZ 1973, 299.

4) Raisch, JuS 1967, 533, 537; vgl. oben, S. 25.

5. Zusammenfassung

Aus den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG ist zu entnehmen, daß die Zivil-AG und die Zivil-GmbH keine Handelsgesellschaften sind, sondern als solche gelten. Als fingierten Handelsgesellschaften wird für sie in § 6 I HGB die Rechtsfolge ausgesprochen, daß sie Kaufleute sind und auf sie das Recht der Kaufleute, und zwar das Recht der Vollkaufleute (§ 6 II HGB) anzuwenden ist. Weder bei §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG noch bei § 6 HGB ist es insoweit von Bedeutung, daß kein Betrieb eines Handelsgewerbes vorliegt. Nach dem Gesetzeswortlaut ist daher das gesamte HGB auf diese Gesellschaften anzuwenden.

II. Die Einbeziehung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften in das Handelsrecht

Ein wichtiger Gesichtspunkt zur Betrachtung von § 6 I HGB ist die Einbeziehung der freien Berufe des Wirtschaftsprüfers und des Steuerberaters in das Handelsrecht in der Weise, wie sie durch die Wirtschaftsprüferordnung (WPO) vom 24.Juli 1961[1] und das Steuerberatungsgesetz (StBerG) vom 16. August 1961[2] i.d.F. des Gesetzes vom 11. August 1972[3] erfolgt ist. Beide Gesetze sind für das anstehende Problem deshalb von Bedeutung, weil sie besondere Regelungen über die WP- und StB-Gesellschaften, also die Zivil-AGs und Zivil-GmbHs, enthalten. Diese Regelungen wirken sich dahin aus, daß sich Zweifel ergeben, ob entsprechend dem Wortlaut von § 6 I HGB das gesamte Kaufmannsrecht auf eine Zivil-AG oder Zivil-GmbH ohne weiteres Anwendung finden kann. Denn soll nur wegen des Wortlauts dieser Vorschrift sich der Wirtschaftsprüfer als Gesellschafter und Geschäftsführer für die WP-Gesellschaft mündlich verbürgen können (§ 350 HGB), während er als Einzelprüfer die

---

1) BGBl. I S. 1049.
2) BGBl. I S. 1301.
3) BGBl. I S. 1401.

Formvorschrift des § 766 BGB zu beachten hätte. Hat er Fehler bei eingekauftem Büromaterial unverzüglich zu rügen (§ 377 HGB), während er als Einzelprüfer dies bis zum Ablauf der 6-Monatsfrist des § 477 BGB tun könnte[1]?

1. Die Möglichkeit des Zusammenschlusses von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern zu einer Handelsgesellschaft

Allgemein gesehen werden die freien Berufe dem Normadressaten des HGB, d.h. dem Kaufmann, als völlig verschieden gegenübergestellt[2]. Auf Grund der Wesensmerkmale des freien Berufs - wie Erbringung geistiger Leistungen, Unabhängigkeit, Eigenverantwortlichkeit, Selbständigkeit[3] - hat daher die Betrachtung bei der natürlichen Person anzusetzen[4]. Es kommt mithin beim Zusammenschluß von Freiberuflern zu gemeinsamer Berufsausübung immer zu einem "Konflikt" zwischen dem Berufs- und Standesrecht einerseits und dem Gesellschafts- und Handelsrecht andererseits[5]. Das ist insbesondere der Fall, wenn bei der Vereinigung zur gemeinsamen Berufsausübung es sich um eine juristische Person (AG, GmbH) handelt, es also darum

---

1) Beispiele nach Raisch, Voraussetzungen, S. 213 f.

2) Vgl. W. Müller, S. 14.

3) Bis heute gibt es keine allgemein anerkannte Definition des Begriffs "freier Beruf" (vgl. W. Müller, S. 26 f; Raisch, Voraussetzungen, S. 209,m.w.N.). Überhaupt wird teilweise das Recht der freien Berufe als zu den "unterentwickelten Rechtsgebieten" gehörig angesehen (Rittner, StB 1967, 2; Lach, S. 2). Nach W. Müller (S. 67) übt einen freien Beruf derjenige aus, der selbständig über längere Zeit hinweg durch den Einsatz seiner Persönlichkeit geistige Leistungen, die ein bestimmtes Fachwissen voraussetzen oder eine individuelle Schöpfung darstellen, hervorbringt und sie der Allgemeinheit anbietet.

4) Schäuble, S. 151 f; Rittner, Unternehmen, S. 19 ff und StB 1967, 2 f.

5) Vgl. Lach, S. 1.

geht, ob eine solche Gesellschaft Träger von Fähigkeiten natürlicher Personen (z.B. Erbringen geistiger Leistungen) sein kann.

Dieser Konflikt wird vor allem deutlich bei den Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, die einen freien Beruf ausüben (§§ 1 II 1 WPO, 22 I StBerG) und deren Tätigkeit kein Gewerbe ist (§§ 1 II 2 WPO, 1 II StBerG). Sie können sich nämlich im Gegensatz zu den anderen Trägern eines freien Berufs wie etwa den niedergelassenen Ärzten[1], Notaren, Rechtsanwälten, freischaffenden Architekten, selbständigen Ingenieuren und Technikern, Künstlern und Schriftstellern nicht nur zu Gesellschaften bürgerlichen Rechts (Sozietäten; §§ 705 ff BGB)[2], sondern auch zu Handelsgesellschaften zusammenschließen (§§ 1 III, 27 ff WPO; 1 III, 16 ff StBerG)[3]. Als Rechtsformen stehen ihnen dabei die AG, KGaA[4], die GmbH und den Wirtschaftsprüfern zusätzlich die OHG und die KG[5] zur Verfügung, sofern die beiden letzten Gesellschaften wegen ihrer Treuhandtätigkeit in das Handelsregister eingetragen sind (§ 27 II WPO). In die Betrachtung werden hier die StB-Gesellschaften und bei den WP-Gesellschaften zunächst nur die Gesellschaften in Form der AG und der GmbH einbezogen, da diese den Regel- und Normalfall bilden und das Bild der WP-Gesellschaft prägen[6].

Die WP- und StB-Gesellschaften sind formal gesehen Kaufleute i.S. des HGB. Sie tragen als solche alle Züge der Organisation

---

1) Vgl. Buchwald/Tiefenbacher, S. 185, FN 4; Schäuble, S.133 ff.

2) Je nach Berufsgruppe auch Gemeinschaft, Arbeitsgemeinschaft, Vereinigung usw. genannt.

3) Vgl. allgemein zur "Teamarbeit" bei freien Berufen Rittner, StB 1967, 2; Schäuble, S. 121 ff, 131 ff; Buchwald/Tiefenbacher, S. 184 ff.

4) Bis heute wurde diese Gesellschaftsform noch nicht gewählt; vgl. oben, S. 41.

5) Dieser Katalog ist abschließend, so daß eine Sozietät von Wirtschaftsprüfern nicht als "Wirtschaftsprüfungsgesellschaft" anerkannt werden kann (VG Düsseldorf, BB 1965, 1165; Rittner, StB 1967, 2, 7).

6) Vgl. Schäuble, S. 180.

von erwerbswirtschaftlichen Gesellschaften[1], dürfen aber kraft gesetzlicher Anordnung nur eine nichtgewerbliche Tätigkeit ausüben. Es liegt daher die Folgerung nahe, daß angesichts der einzigen gesetzlichen Regelungen neben den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG, die sich mit dem Recht der fingierten Handelsgesellschaften bei einer AG und GmbH befassen, es fraglich und problematisch ist, "schlechthin alle Handelsgesellschaften dem Handelsrecht zu unterwerfen, wie dies § 6 I HGB tut"[2]. Dies wurde allerdings außer von RAISCH nicht gesehen und in die Betrachtung mit einbezogen[3]. Man spricht allenfalls von einer "interessanten Sonderstellung"[4], einem "besonders interessanten juristischen"[5] bzw. "einzigartigen Phänomen"[6], das in der Stellung einer Handelsgesellschaft in einem freien Beruf zu erblicken sei[7].

Angesichts der aufgezeigten Gesichtspunkte werden heute die WP- und StB-Gesellschaften als das markanteste Beispiel und der Prototyp der Zivil-AG (GmbH) angesehen. Sie stehen im Mittelpunkt bei der Erörterung, ob entsprechend dem Wortlaut von § 6 I HGB das gesamte Kaufmannsrecht auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH anzuwenden ist. Dies verlangt eine nähere Darstellung ihrer Kaufmannseigenschaft.

---

1) Deneke, S. 136.

2) So wörtlich Raisch, Voraussetzungen, S. 215.

3) Krekeler (ZHR 137 (1973), 91 f) bedauert, daß Loidl in seiner Untersuchung des Begriffs "Gewerbebetrieb" bei einer GmbH die freien Berufe zu wenig beachtet habe.

4) Deneke, S. 136.

5) Lindenberg, BB 1961, 1284, 1286.

6) Schäuble, S. 1 (vgl. dort auch die Nachweise in FN 1).

7) Buchwald/Tiefenbacher sprechen allgemein bei der freiberuflichen Zusammenarbeit von einem "Grenzgebiet des Gesellschaftsrechts" (S. 184).

2. Die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften der WPO und des StBerG über die Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften

Gegen die Bestimmungen der WPO und des StBerG über die WP- und StB-Gesellschaften sind starke verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden[1]. Doch wurde eine entsprechende Verfassungsbeschwerde[2] vom BVerfG durch Beschluß nach § 93 a III BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen[3]. Im Beschluß vom 15. März 1967 hat das BVerfG[4] dagegen nähere Ausführungen zur Möglichkeit des Zusammenschlusses von Steuerberatern zu StB-Gesellschaften gemacht. Es sagte dabei[5], daß es sich bei einem solchen Zusammenschluß um eine Form der Ausübung des freien Berufes des Steuerberaters (Art. 12 I 2 GG),nicht um die Wahl eines neuen Berufes handele (Art. 12 I 1 GG). Diese Regelung der Berufsausübung sei zulässig, weil sie aus sachlichen und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt und im Ausmaß sowie in der Auswirkung zumutbar sei[6]. Die Eigenart des Steuerberaterberufs habe persönliche Dienstleistungen zum Gegenstand und könne grundsätzlich nur persönlich ausgeübt werden. Deshalb widerspreche seine Ausübung in Form einer Gesellschaft im Grunde dem höchstpersönlichen Charakter der Steuerberatung und sei lediglich eine "besonders begründete Ausnahme".

Die Begründung für die Ausnahme sieht das BVerfG darin, daß die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der in der StB-Gesellschaft tätigen Steuerberater durch entsprechende

---

1) So insbesondere Höppner, BB 1961, 1209, 1213 f und DB 1962, 105, 108; vgl. auch das Vorbringen der Kläger in VG Düsseldorf, BB 1965, 1165.

2) Eingelegt gegen §§ 1 III, 27, 28, 31, 32, 47, 48 I WPO.

3) Beschluß vom 18. Dezember 1964 - 1 BvR 593/62 - WPg 1965, 109.

4) BVerfGE 21, 227 (1 BvR 575/62).

5) BVerfGE 21, 227, 232 f.

6) Ebenso VG Düsseldorf (BB 1965, 1165) hinsichtlich der Regelungen der WPO über die WP-Gesellschaften.

Regelungen im StBerG gewährleistet seien[1]. Ähnlich ist für HERSCHEL[2] die in der WPO erfolgte Gewährleistung der Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der in einer WP-Gesellschaft tätigen Wirtschaftsprüfer das entscheidende Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften über die WP-Gesellschaften. Angesichts der Entscheidung des BVerfG, die von der Literatur gebilligt wurde, ist daher davon auszugehen, daß eine verfassungsrechtliche Klärung eingetreten ist und die Bestimmungen der WPO und des StBerG über die WP- und StB-Gesellschaften als verfassungsgemäß anzusehen sind.

3. Die berufsrechtliche Stellung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften

Die Frage, wie bei den WP- und StB- Gesellschaften der "Konflikt" zwischen dem Berufs- und Standesrecht einerseits sowie dem Gesellschafts- und Handelsrecht andererseits geregelt ist und welche Auswirkungen sich daraus gegebenenfalls auf deren Kaufmannseigenschaft ergeben, erfordert eine Klärung der berufsrechtlichen Stellung dieser Gesellschaften. Die "Kernfrage"[3] ist dabei, ob eine juristische Person Träger eines freien Berufes sein kann. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der grundlegenden Vorschriften der §§ 1 III WPO, 1 III StBerG, die lauten:

> "Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (Steuerberatungsgesellschaften) bedürfen der Anerkennung. Die Anerkennung setzt den Nachweis voraus, daß die Gesellschaft von Wirtschaftsprüfern (Steuerberatern) verantwortlich geführt wird".

Diese Fassungen stehen in engem Zusammenhang mit einer heftigen Diskussion, die insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Stellung der WP-Gesellschaften geführt wurde und die den

---

1) BVerfGE 21, 227, 232.

2) Herschel, S. 24 f; vgl. auch W. Müller, S. 68.

3) Lach, S. 111.

Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens maßgeblich beeinflußt hat[1]. Der Entwurf einer WPO[2] und eines StBerG[3] ist von der Bundesregierung im August 1954 im Bundestag eingebracht worden, ohne daß die Entwürfe in dessen 2. Wahlperiode zu Ende beraten wurden. Im Jahre 1958 wurden beide Entwürfe von der Bundesregierung unverändert dem Parlament unterbreitet[4]. Dieses überwies beide Entwürfe an den Wirtschaftsausschuß, der eine Unterkommission "Berufsordnungsgesetze" einsetzte. Die Unterkommission schlug weitgehende Änderungen des Regierungsentwurfs vor, die sich vor allem auf die Vorschriften über die WP- und StB-Gesellschaften bezogen. Der Wirtschaftsausschuß machte sich diese Änderungen zu eigen.

Zu den abgeänderten Gesetzesentwürfen wurde vom Berichterstatter des Unter- und Wirtschaftsausschusses[5] jeweils ein ausführlicher Bericht verfaßt[6], der bei der 3. Lesung im Bundestag jedem Abgeordneten vorlag. Auf Grund des Berichts wurden die WPO und das StBerG in der vorgeschlagenen Fassung einstimmig verabschiedet[7], so daß in den Berichten des Abgeordneten LANGE die maßgeblichen Gesichtspunkte zur Auslegung der §§ 1 III WPO, 1 III StBerG zu erblicken sind (Wille des Gesetzgebers).

Ausschlaggebend für die Fassungen der § 1 III WPO,

---

1) Vgl. v.Andrényi, BB 1961, 761; Lach, S. 110 f.

2) Entwurf eines Gesetzes über die Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung) mit Begründung (BT Drucks 784 der 2. WP).

3) Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten (BT Drucks 785 der 2. WP).

4) BT Drucks 128 und 201 der 3. WP.

5) Abgeordneter Lange.

6) Zu BT Drucks 2565 der 3. WP (WPO);
Zu BT Drucks 2859 der 3. WP (StBerG).

7) Höppner, BB 1961, 1209, 1210.

§ 1 III StBerG waren die Erwägungen zu den WP-Gesellschaften, die dann auch bestimmend für die Beratung hinsichtlich der Vorschriften des StBerG über die StB-Gesellschaften wurden. In der Fassung des Regierungsentwurfs lautete § 1 III WPO:

> "Die Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers können auch Gesellschaften ausüben, die als Wirtschaftsprüfungsgesellschaften anerkannt sind (Wirtschaftsprüfungsgesellschaften)".

Danach waren die WP-Gesellschaften selbst als Ausübende der Wirtschaftsprüfertätigkeit anzusehen. Dagegen[1] wurden von vielen Einzelwirtschaftsprüfern[2] Bedenken erhoben, die durch Eingaben und Änderungsvorschläge den zuständigen Bundestagsausschüssen zugänglich gemacht wurden. Es wurde ausgeführt, es sei unzulässig, daß Handelsgesellschaften die freiberufliche und nichtgewerbliche Wirtschaftsprüfertätigkeit ausüben würden. Die Vertreter der WP-Gesellschaften[3] verwiesen dagegen in ihren Eingaben darauf, daß es seit Einführung des Wirtschaftsprüferberufs im Jahre 1931 auch WP-Gesellschaften gebe, deren Tätigkeit sich bewährt habe.

Die tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Berufsstandes der Wirtschaftsprüfer, die auch die Hauptursache für die über 7 Jahre währende Behandlung des Gesetzentwurfs durch die Gesetzgebungsorgane waren, reihten sich ein in die Kritik, die bereits 1931[4] und besonders seit Mitte der dreißiger[5] bis in die sechziger Jahre[6] an der Einrichtung von WP-Gesellschaften geübt wurde. Bei Einführung des Wirtschaftsprüferberufs im Jahre 1931 im Zuge der gesetzlichen Anordnung

---

1) Vgl. von Andrényi, BB 1961, 761; Gloeckner, S. 14, FN 2; Lach, S. 110 f; Lindenberg, BB 1961, 1284, 1286.

2) Den sog. "Aktionsausschuß freier Wirtschaftsprüfer" unterstützten zeitweise bis zu 500 selbständige Wirtschaftsprüfer (Schäuble, S. 102).

3) Vgl. von Andrényi, BB 1961, 761; Gloeckner, S. 14, FN 22; Lach, S. 110.

4) Nachweise bei Schäuble, S. 99 und Schruff, S. 32, FN 67.

5) Nachweise bei Völschau, S. 7, FN 1.

6) Nachweise bei Schäuble, S. 101 f und S. 111, FN 113.

der Pflichtprüfung für Aktiengesellschaften[1] mußte der Gesetzgeber auf alle verfügbaren Kräfte zurückgreifen, damit das neue Arbeitsgebiet bewältigt werden konnte[2]. Es wurde daher neben den beeidigten Bücherrevisoren[3] auf die bereits bestehenden Revisions- und Treuhandgesellschaften zurückgegriffen, die mit ihren Stäben von Bücherrevisoren und guter Organisation auch ohne gesetzliche Grundlage bereits Prüfungen von Aktiengesellschaften durchführten. Schließlich zog man diese Gesellschaften mit heran, weil die Pflichtprüfung zunächst nur Großunternehmen mit einem Grundkapital von mindestens RM 3.000.000,- betraf[4]. Es waren also weitgehend historisch bedingte und mehr zufällige[5] Gegebenheiten, die zur Zulassung von WP-Gesellschaften führten.

Der in den Meinungsstreit hineingezogene Unterausschuß "Berufsordnungsgesetze" suchte einen Kompromiß. Er verschloß sich nicht dem Hinweis, daß die Prüfung der Jahresabschlüsse großer Firmen[6] nur im Zusammenwirken mehrerer Wirtschaftsprüfer und deren Helfer bei einer guten Organisation durchgeführt werden kann. Auch war nicht zu übersehen, daß die Größe vieler zu prüfenden Unternehmen zu einer gewissen Abhängigkeit eines Einzelprüfers führen kann, während bei einer WP-Gesellschaft meist eher die Unabhängigkeit gewährleistet ist[7].

Von diesen Erwägungen ausgehend beließ es der Ausschuß aus historischen Gründen[8], aus Rücksicht auf das Ausland[9] und

---

1) Vgl. oben, S. 5, FN 2.

2) Schäuble, S. 101.

3) Vgl. oben, S. 6, FN 1.

4) Art. 3 I der VO vom 15. Dezember 1931 (RGBl.I, S. 760).

5) So Schäuble, S. 111.

6) Man denke etwa an die Volkswagen AG oder die Siemens & Halske AG.

7) Vgl. Schäuble, S. 117 f, m.w.N.

8) Siehe von Andrényi, BB 1961, 761.

9) Siehe von Andrényi, a.a.O.

die anderen EWG-Staaten[1] sowie aus dem Gedanken heraus, daß ein Eingriff in den Besitzstand der bestehenden WP-Gesellschaften zu schwierigen Enteignungsproblemen führen würde[2], bei deren Zulassung. Andererseits übersah er nicht, daß auf Grund der eigenverantwortlichen und unabhängigen Tätigkeit es einem freien Beruf allein entspricht, durch eine natürliche Person ausgeübt zu werden.

Infolgedessen schlug die Unterkommission folgende Lösung vor: § 1 WPO definiert in Absatz 1 den Wirtschaftsprüfer und legt die Voraussetzungen für seine Berufsausübung fest. Absatz 2 ergänzt hierzu, daß die Wirtschaftsprüfertätigkeit eine freiberufliche und kein Gewerbe ist. Erst in Absatz 3 werden dann die WP-Gesellschaften angesprochen. Diese bedürfen der staatlichen Anerkennung, die ihrerseits den Nachweis voraussetzt, daß die Gesellschaft von Wirtschaftsprüfern verantwortlich geführt wird. Berufsrechtlich stehen also die WP-Gesellschaften nicht gleichberechtigt neben den Wirtschaftsprüfern[3]. Sie werden lediglich als Form des organisatorischen Zusammenschlusses zur Verfügung gestellt, ohne die Gesellschaft als solche zu Berufsausübenden zu machen. Im Bericht des Abgeordneten LANGE heißt es insoweit[4]:

> "Über die Bestimmung des Absatzes 3 ist zu sagen, daß hier der Gesetzentwurf lediglich das Instrument der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zur Verfügung stellen will, ohne die Gesellschaften zu Berufsausübenden im Sinne der vorangegangenen Bestimmungen zu machen. Der Wirtschaftsausschuß legt ausdrücklichen Wert auf die Feststellung, daß die Ausübung des Berufs des Wirtschaftsprüfers nur noch an die natürliche, jedoch nicht mehr an die juristische Person gebunden sein soll. Darum auch die Voraussetzung für die Anerkennung von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, von Wirtschaftsprüfern verantwortlich geführt zu werden".

---

1) Bericht des Abgeordneten Lange, zu BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 3, 6 f.

2) Siehe von Andrényi, a.a.O.

3) Völschau, S. 8.

4) Zu BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 5.

Der Gedanke, lediglich das Instrument der WP-Gesellschaften zur Verfügung zu stellen, ohne die Gesellschaften zu Berufsausübenden zu machen, durchzieht die gesamte WPO[1]. Es kommt im System des Gesetzes zum Ausdruck, das für den Wirtschaftsprüfer umfassende Vorschriften über Zulassung, Prüfung und Bestellung (§§ 5-24 WPO) sowie über seine Rechte und Pflichten (§§ 43-54 WPO) enthält. Dagegen gibt es bezüglich der WP-Gesellschaften nur Vorschriften über deren Anerkennung (§§ 1 III, 28-31, 35 f WPO), wobei Voraussetzung ist, daß die Gesellschaften von Wirtschaftsprüfern verantwortlich geführt werden (§ 28 WPO)[2]. Dem "Schutz der Berufsausübung durch die natürliche Person"[3] dient § 32 WPO, wonach gesetzlich vorgeschriebene Betätigungsvermerke, die von WP-Gesellschaften erteilt werden, nur von Wirtschaftsprüfern unterschrieben werden dürfen[4]. Weiter sind die Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Wirtschaftsprüfer "sinngemäß" auf die Leiter der WP-Gesellschaften anzuwenden (§ 56 I WPO). Schließlich beziehen sich die berufsgerichtlichen Strafbestimmungen (§§ 67 ff WPO) allein auf die Verantwortlichkeit der natürlichen Personen. Eine Bestrafung von WP-Gesellschaften ist im Gegensatz zu dem bis 1961 in der ehemaligen britischen Besatzungszone geltenden Recht nicht vorgesehen[5] [6].

Die Überlegungen und Regelungen der WPO, den Wirtschaftsprüfern die WP-Gesellschaften nur als Instrument zur gemeinsamen

---

1) Vgl. zu BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 4, unter "Berufspflichten".

2) Vgl. zu BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 6.

3) BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 7.

4) Siehe dazu auch Völschau, S. 8 f.

5) Vgl. Völschau, S. 10, FN 1.

6) Lach (S. 113 f) meint, daß wegen der persönlichen Verantwortlichkeit der in der WP-Gesellschaft tätigen Wirtschaftsprüfer eine Aufspaltung der freiberuflichen Berufsauffassung zwischen Berufsträgerschaft (WP-Gesellschaft) und ethischer Bestimmung (in ihr tätige Wirtschaftsprüfer) erfolgt sei.

Berufsausübung anhand zu geben, waren weithin maßgebend[1] für die Abfassung der entsprechenden Vorschriften im StBerG über die StB-Gesellschaften (vgl. §§ 1 III, 16-21, 30 StBerG). Der Wortlaut dieser Vorschriften wurde bewußt an den der WPO angelehnt oder angeglichen[2]. Es gilt daher auch für die berufsrechtliche Stellung der Steuerberatungsgesellschaften, daß die Berufsausübung an die natürliche Person der freiberuflich tätigen Steuerberater gebunden und den StB-Gesellschaften selbst die Berufsausübung verwehrt ist[3].

4. Die Auswirkungen der berufsrechtlichen Stellung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-Gesellschaften auf deren Rechtsstellung als Handelsgesellschaften

Angesichts der berufsrechtlichen Stellung der WP- und StB-Gesellschaften als bloßes Instrument der in ihr tätigen Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ist zu prüfen, welche Bedeutung dies für die handelsrechtliche Seite dieser Gesellschaften hat. Das erfordert eine Klärung der Frage, ob die Regelungen der WPO und des StBerG die Rechtsstellung der WP- und StB-Gesellschaften als Handelsgesellschaften unberührt gelassen haben[4] oder ob sich insoweit gewisse Auswirkungen ergeben.

---

1) Bericht des Abgeordneten Lange, zu BT Drucks 2859 der 3. WP, S. 4, 5 (zu § 1 III StBerG), 7 f (zu §§ 16-21 StBerG).

2) Bericht des Abgeordneten Lange, a.a.O.; vgl. auch Nake-Hoch-Mühlhäusser-Haaga, unter Kommentierung, § 1, Anm. III 1; Klöcker-Mittelsteiner-Gehre, unter Kommentierung, § 1, Anm. 5.

3) Bericht des Abgeordneten Lange, a.a.O., S. 5, 7 f; Bühring, vor § 16, S. 96; § 16, Anm.; Schnauber, § 16, Anm. 1; Mutze, Kennzahl 180, S. 4; Kolbeck-Peter-Rawald, Kennzahl 30, § 1, Rdn. 29 und § 16, Rdn.8.

4) So der 3. Senat des BAG im Urteil vom 28. Januar 1966 (BAG 18, 104, 108 = AP Nr. 17 zu § 74 HGB (Bl. 2 R)); vgl. auch Gerhard, StBerG, § 30, Anm. 1: "Steuerberatungsgesellschaften sind unbeschadet handels- ... rechtlicher Vorschriften keine Gewerbebetriebe".

a) Die Stellung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-Gesellschaften im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht

Die handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung der WP- und StB-Gesellschaften wird deutlich, wenn man sich zuerst kurz ihre zivilrechtliche Stellung vor Augen führt. Diese läßt sich beispielhaft anhand der aktienrechtlichen Abschlußprüfung (§§ 162 ff AktG) zeigen, welche die zentrale Aufgabe der Wirtschaftsprüfer ist[1], zum Entstehen dieses Berufs führte und dessen Wesen maßgeblich prägte.

Nach § 164 I AktG können neben den Wirtschaftsprüfern auch WP-Gesellschaften Abschlußprüfer sein[2]. Die WP-Gesellschaft schließt die Prüfungsverträge ab, nicht die in ihr tätigen Wirtschaftsprüfer[3]; sie ist aus dem Prüfungsverhältnis berechtigt und verpflichtet[4]. Die WP-Gesellschaft als solche ist

---

1) Vgl. § 2 I WPO; siehe auch die amtliche Begründung zum Entwurf einer WPO, BT Drucks 201 der 3. WP, S. 34; Bericht des Abgeordneten Lange, zu BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 4 (zu § 2); Schäuble, S. 157.

2) Mit der durch die Aktienreform 1965 in § 164 I AktG beibehaltenen Regelung des § 137 I AktG 1937 hat der Gesetzgeber die nach Inkrafttreten der WPO heftig diskutierte Streitfrage entschieden, ob auch WP-Gesellschaften weiterhin Abschlußprüfer sein können (Kropff in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 164, Rdn. 4). Der Wirtschaftsprüfer Höppner hatte aus der berufsrechtlichen Stellung der WP-Gesellschaften gefolgert, daß nur noch Einzelprüfer Abschlußprüfer sein könnten (BB 1961, 1209; DB 1962, 105; vgl. auch Stellungnahme der Wirtschaftsprüfer, BB 1959, 427). Dagegen hatten sich insbesondere Lindenberg (BB 1961, 1284) und Lohmann (DB 1962, 277) gewandt (vgl. auch Gloeckner, S. 14; Rittner, Unternehmen, S. 30, FN 88; Herschel, S. 22 ff).

3) Godin-Wilhelmi (§ 168, Anm. 2) meinen, daß neben der WP-Gesellschaft auch die an der Prüfung beteiligten Wirtschaftsprüfer dieser Gesellschaft Abschlußprüfer seien. Die h.M. sieht diese Wirtschaftsprüfer dagegen als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) der Prüfungsgesellschaften an (Adler-Düring-Schmaltz, § 168, Rdn. 5; Claussen in Kölner Kommentar zum AktG, § 168, Rdn. 1; Brönner in Großkomm. zum AktG, § 168, Rdn. 15; Schäuble, S. 163; vgl. aber auch Herschel, S. 55 ff).

4) Brönner in Großkomm. zum AktG, § 164, Anm. 4; § 168, Anm. 2; Gloeckner, S. 14; Lindenberg, BB 1961, 1284, 1285 f; Lohmann, DB 1962, 277.

Träger der Rechte und Pflichten i.S. der zivilrechtlichen Bestimmungen. Das wirkt sich naturgemäß auf ihre handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung in der Weise aus, daß sie auch insoweit allein Träger der Rechte und Pflichten der entsprechenden Bestimmungen des Aktien- und Handelsrechtes ist[1].

Bei diesen Rechtsgebieten ist nicht die berufsrechtliche Betrachtung ausschlaggebend, vielmehr gilt die Betrachtungsweise des Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrechts, nach welcher die WP-Gesellschaft als juristische Person, Handelsgesellschaft und Kaufmann auftritt. Dies steht im Einklang damit, daß gewisse unternehmerische Elemente (z.B. Sachmittel, Hilfskräfte) bei der WP-Gesellschaft ein starkes Eigengewicht erlangen können[2]. Das hat zur Folge, daß diese Gesellschaft in zivil- und handelsrechtlicher Sicht ein Eigenleben hat, das fast im Widerspruch zur berufsrechtlichen Stellung steht, de lege lata aber vom Gesetzgeber bewußt gegeben und zugelassen ist[3]. Mithin ist der Ansatzpunkt für die handelsrechtliche Stellung der WP-Gesellschaften und damit auch der StB-Gesellschaften allein deren Eigenschaft als fingierte Handelsgesellschaften (§§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG) und Kaufleute (§ 6 I HGB).

Die grundsätzliche Trennung zwischen den Rechtsgebieten des Berufs- und Standesrechts einerseits und dem Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht andererseits verhindert jedoch nicht, daß sich das Berufs- und Standesrecht auf die zivil-, handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung der WP-Gesellschaften auswirken[4]. In Übereinstimmung mit der Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit der in ihr tätigen Wirtschaftsprüfer bestimmt bereits § 168 AktG, daß über den vertraglichen Rahmen

---

1) Schäuble, S. 158 f.

2) Rittner, Unternehmen, S. 29 f.

3) Vgl. Rittner, StB 1967, 2, 7.

4) Schäuble, S. 181. Zur Einwirkung berufs- und standesrechtlicher Normen auf das Handels- und Gesellschaftsrecht siehe auch Buchwald/Tiefenbacher, S. 184 ff.

hinaus neben der Prüfungsgesellschaft deren bei der Prüfung mitwirkende Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer, die in der Regel Wirtschaftsprüfer sein müssen (§§ 1 III, 28 I WPO), und deren Gehilfen (z.B. angestellte Wirtschaftsprüfer) für eine ordnungsgemäße Prüfung haften.

Aber auch in der WPO selbst befinden sich Vorschriften, die sich weitgehend auf die außerberufsrechtliche Stellung der WP-Gesellschaften beziehen, wie an einigen Beispielen erläutert werden soll. Nach § 45 WPO sollen[1] Wirtschaftsprüfer als Angestellte einer WP-Gesellschaft die Rechtsstellung eines Prokuristen haben[2]; eine entsprechende Vorschrift fehlt zwar im StBerG[3], doch kommen ebenfalls bei den StB-Gesellschaften angestellte Steuerberater als Prokuristen vor[4]. Nach § 32 WPO dürfen die von einer WP-Gesellschaft erteilten Bestätigungsvermerke nur von Wirtschaftsprüfern unterzeichnet werden. In seinem Bericht führte der Abgeordnete LANGE dazu aus, daß § 32 WPO als Sonderrecht den einschlägigen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes vorgehe[5]; die ausnahmsweise in der Leitung einer WP-Gesellschaft tätigen Nichtwirtschaftsprüfer (Steuerberater, Volljuristen; § 28 II WPO) sind folglich von Bestätigungen eines Prüfungsberichtes ausgeschlossen[6]. Weiter

---

1) § 45 WPO ist als Mußvorschrift anzusehen (Claussen in Kölner Kommentar zum AktG, § 164, Rdn. 22, m.w.N.).

2) Vgl. insoweit auch BAG, NJW 1975, 1926; zur Prokuristenstellung eines bei einer Bank angestellten Rechtsanwaltes siehe BGH, NJW 1972, 47 und Meeske/Hofmann, S. 20 f.

3) Sie ist entbehrlich, weil nach § 24 I Nr. 2 StBerG angestellte Steuerberater zeichnungsberechtigt sein müssen.

4) Vgl. Bühring, § 23, Anm. 5.

5) Zu BT Drucks 2565 der 3. WP, S. 7.

6) Dies hat für die Praxis große Bedeutung. Einem aus 2 Personen bestehenden Vorstand einer WP-Gesellschaft, von denen nur einer Wirtschaftsprüfer ist, muß z.B. für die Testatserteilung nach § 32 WPO Alleinvertretungsmacht eingeräumt werden (Völschau, S. 9). Bei einer unechten Gesamtvertretung eines Leitungsmitgliedes der Gesellschaft mit einem Wirtschaftsprüfer als Prokuristen hat dieser hinsichtlich des Bestätigungsvermerks weiterreichendere Befugnisse als die Leitungsmitglieder, die keine Wirtschaftsprüfer sind.

müssen bei einer AG die Aktien auf Namen lauten und dürfen nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden (§§ 28 IV WPO, 17 III StBerG). Bei einer WP-GmbH muß das Stammkapital entgegen § 5 I GmbHG mindestens DM 50.000,- betragen und voll eingezahlt sein (§ 28 V 1 WPO)[1]. Die Übertragung von Geschäftsanteilen darf nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen (§§ 28 IV 2 WPO, 17 III StBerG). Schließlich muß jede Gesellschaft in ihre Firma die Bezeichnung "Wirtschaftsprüfungsgesellschaft" (§ 31 WPO) bzw. "Steuerberatungsgesellschaft" (§ 19 StBerG) aufnehmen.

Die Auswirkungen der WPO und des StBerG auf die handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung der WP- und StB-Gesellschaften beschränken sich jedoch nicht auf die dargelegten Auswirkungen. Vielmehr folgt aus einzelnen Hinweisen in diesen Gesetzen, daß diese Gesellschaften trotz ihrer Eigenschaften als Handelsgesellschaften und Kaufleute weitgehend wie Einzelprüfer und Einzelsteuerberater zu behandeln sind. Deutlich kommt das in den §§ 56 I WPO, 30 StBerG zum Ausdruck, wonach die Rechte und Pflichten der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater "sinngemäß" der Gesellschaft obliegen. Für deren handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung ist somit für bestimmte Fragen eine Gleichbehandlung der Gesellschaften mit den natürlichen Personen vorgesehen.

Beispielhaft läßt sich das an den Vorschriften der §§ 51 WPO, 27 StBerG darstellen. Danach hat ein Wirtschaftsprüfer (Steuerberater), der einen Auftrag nicht annehmen will, die Ablehnung unverzüglich zu erklären; andernfalls ist der Schaden zu ersetzen, der aus einer schuldhaften Verzögerung der Ablehnungserklärung entsteht. Diese Regelungen gelten nach §§ 56 I WPO, 30 StBerG sinngemäß für die WP- und StB-Gesellschaften, so daß bei der Erklärung auf ein Mandat die gleichen Regeln für Einzelprüfer (Steuerberater) wie für Gesellschaften eingreifen.

---

1) Für eine StB-GmbH fehlt eine entsprechende Vorschrift (vgl. auch Bühring, § 17, Anm. 3).

Wäre das nicht der Fall, bestünden bedeutsame Unterschiede[1]. Wollte ein Einzelprüfer (Steuerberater) einen Auftrag nicht annehmen, so hätte er nach § 663 BGB die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er in entsprechender Anwendung des § 122 BGB in Höhe des negativen Interesses haften müßte. Er wäre verpflichtet, die Aufwendungen zu ersetzen, welche der Auftraggeber im Vertrauen auf die Annahme des Mandats getätigt hätte[2]. Dagegen würde sich ohne die §§ 51 WPO, 27 StBerG die Erklärungspflicht der Gesellschaften aus § 362 HGB herleiten, welcher dem § 663 BGB vorgeht[3], so daß der Vertragsschluß durch Schweigen fingiert würde. Die WP- bzw. StB-Gesellschaft würde in Höhe des positiven Interesses haften und hätte den Schaden zu ersetzen, welcher durch die Nichterfüllung des Auftrags entstünde. Eine derartige Haftung träte bei § 663 BGB nur ein, wenn die unterlassene Ablehnung der Mandatsübernahme als Annahme zu werten wäre, was das Vorliegen besonderer Umstände voraussetzt[4]. Derartige etwaige verschiedene Rechtsfolgen werden durch die §§ 51, 56 I WPO, 27, 30 StBerG vermieden.

Insgesamt läßt sich sagen, daß Ausgangspunkt für die zivilrechtliche Betrachtung der WP- und StB-Gesellschaften deren Rechtspersönlichkeit als juristische Person ist, nicht diejenige der in der Gesellschaft tätigen Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater. In handels- und gesellschaftsrechtlicher Sicht sind die Gesellschaften infolge der Fiktion der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG Handelsgesellschaften; ihnen wird

---

1) Vgl. Gloeckner, S. 24 f; der allerdings anscheinend die §§ 51 I, 56 I WPO übersehen hat.

2) RGZ 104, 265, 267; Staudinger-Nipperdey, § 663, Rdn. 21; Steffen in BGB-RGRK, § 663, Rdn. 10; Palandt-Thomas, § 663, Anm. 1.

3) § 663 BGB fände allerdings auf die Gesellschaften Anwendung, wenn - was § 362 HGB verlangt - keine Geschäftsverbindung zwischen Mandanten und Gesellschaft bestehen sollte.

4) Gloeckner, S. 25.

nach § 6 I HGB die Kaufmannseigenschaft verliehen. Auf diese handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung wirken die berufs- und standesrechtlichen Regelungen der WPO sowie des StBerG stark ein.

b) Die Kaufmannseigenschaft der Wirtschaftsprüfungs- sowie der Steuerberatungsgesellschaften und der Betrieb eines Handelsgewerbes

Angesichts der handels- und gesellschaftsrechtlichen Stellung der WP- und StB-Gesellschaften fragt es sich, ob nicht diese Gesichtspunkte unabhängig von den obigen Untersuchungen zu den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbH, 6 I HGB gegen die These der h.M. zu § 6 I HGB sprechen, daß Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe einander notwendig bedingen.

Nach den oben gemachten Erörterungen folgt aus verschiedenen Vorschriften der WPO und des StBerG, daß die Unabhängigkeit und Selbstverantwortung der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater auch im Handels- und Gesellschaftsrecht im rechtlich zulässigen Rahmen bei den WP- und StB-Gesellschaften gewahrt werden soll. Die Ausübung der Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatertätigkeit, die nach §§ 1 II WPO, 1 II StBerG kein Gewerbe ist, kann mithin ebenfalls kein Gewerbe darstellen. Auch die Gesellschaften "betreiben kein Handelsgewerbe, sondern sind nur in der Rechtsform von Handelsgesellschaften aufgebaut"[1]. Es kann daher die Stellung als fingierte Handelsgesellschaften nicht durch die formale Argumentation zu § 6 I HGB bei der Kaufmannseigenschaft wieder aufgehoben werden, ohne daß dies dem Sinn und Zweck von §§ 1 II WPO, 1 II StBerG widerspräche. Wirtschaftsprüfer und Steuerberater einerseits sowie

---

1) So BVerfGE 21, 227, 233 betreffend die StB-Gesellschaften; ähnlich für die WP-Gesellschaften VG Düsseldorf, BB 1965, 1165 f.

WP- und StB-Gesellschaften andererseits sind also bezüglich des Problems "handelsgewerbliche Tätigkeit" gleichzubehandeln, da es sich bei dieser Tätigkeit nicht um das Betreiben eines Handelsgewerbes handelt.

Die durch die WPO erfolgte vollständige Lösung vom Begriff des Handelsgewerbes selbst hinsichtlich der WP- und StB-Gesellschaften folgt ebenfalls aus der GewO[1]. Durch Art. I Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 1960[2] wurden die Wirtschaftsprüfer und WP-Gesellschaften durch Aufnahme in den Text von § 6 GewO, welcher den Ausschluß der Anwendbarkeit der GewO auf gewisse Tätigkeiten regelt, aus dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes herausgenommen[3]. Da § 6 GewO jedoch in der Regel nicht den Begriff des Gewerbes abgrenzen soll[4] - viele Tätigkeiten seines Kataloges sind nämlich gewerblicher Art[5] -, kann aus der bloßen Herausnahme kein gewichtiger Gesichtspunkt für die Frage der Gewerblichkeit gewonnen werden. Insoweit entscheidend ist vielmehr, daß die Herausnahme der Tätigkeit der Wirtschaftsprüfer und der WP-Gesellschaften aus der GewO deshalb erfolgte, weil entsprechende abschließende Sondergesetze bestehen. Hinzu kam, daß es um die Ausübung eines freien Berufes geht. Schließlich sah man auch deshalb von einer Anwendung der GewO ab, weil kein Gewerbe vorlag[6].

---

1) Vgl. Herschel (S. 22), der beim erstmaligen Eingehen auf die WP-Gesellschaften auch § 6 GewO bei der Aussage anführt, daß die Wirtschaftsprüfertätigkeit kein Gewerbe sei.

2) Viertes Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung (BGBl. I S. 61).

3) Eine Ausnahme besteht bezüglich der §§ 24 a-24 d GewO, welche die überwachungspflichtigen Anlagen behandeln (z.B. Heizungsanlagen).

4) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, § 6,Rdn. 4; Fuhr,§ 6, Anm. 1.

5) Z.B. die Eisenbahnunternehmen, Auswanderungsbetriebe; vgl. Fuhr, § 6, Anm. 1.

6) Fuhr, § 6, Anm. 9; vgl. auch Bühring (§ 1, Anm. 3 b), der § 1 II StBerG wegen der Neufassung von § 6 GewO für überflüssig hält.

Der Begriff "Gewerbe" der GewO und der Begriff "Handelsgewerbe" des HGB sind eng miteinander verbunden, wenn auch nicht in jeder Hinsicht völlig gleich[1]. Allgemein gesehen ist das Handelsgewerbe ein Unterfall des umfassenderen Begriffs Gewerbe[2]. Das gilt ebenfalls weitgehend, wenn auch wegen des vorwiegend öffentlich-rechtlichen Charakters der GewO[3] nicht vollständig, für das Verhältnis von Gewerbe nach der GewO zum Handelsgewerbe nach dem HGB. Zahlreiche Vorschriften der GewO haben auch für die Personen Geltung, die ein Handelsgewerbe betreiben[4]. Daher folgt aus der kurz vor Verabschiedung der WPO und des StBerG im Hinblick auf diese Gesetze geschehenen Neufassung von § 6 GewO, daß ebenso wie bei den Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern auch bei den WP- und StB-Gesellschaften nicht vom Betreiben eines Gewerbes oder Handelsgewerbes ausgegangen werden kann.

c) Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Form der OHG und der KG

Die bisherigen Untersuchungen der handels- und gesellschaftsrechtlichen Stellung der WP-Gesellschaft erfordern eine Stellungnahme zu dem hintangestellten Problem, daß sich Wirtschaftsprüfer nach § 27 WPO auch zu einer Personalgesellschaft (OHG, KG) zusammenschließen können, was allerdings nach dem StBerG für die Steuerberater nicht mehr zulässig ist[5]. Denn diese Gesellschaftsarten verlangen im Gegensatz zur AG und GmbH kraft Gesetzes, daß die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreiben muß (§§ 105 I, 161 I HGB). Wegen des Erfordernisses des Handelsgewerbebetriebes ist die Zulassung der WP-Personal-

---

1) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 4.

2) Siehe oben, S. 31.

3) Die GewO enthält auch privatrechtliche Vorschriften, z.B. § 11 a GewO.

4) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1 Anm. 4.

5) Vgl. §§ 17, 111 StBerG.

gesellschaften stark kritisiert worden[1]. Es wurde dabei herausgestellt, daß historische und wahrscheinlich auch politische Gründe[2] für die inkonsequente Regelung[3] maßgebend waren, vielleicht auch das Fehlen einer besonders geeigneten Rechtsform neben der Sozietät für den Zusammenschluß von Wirtschaftsprüfern[4] [5].

Den §§ 105 I, 161 I HGB meinte der Gesetzgeber der WPO durch einen Kunstgriff Genüge zu tun: eine WP-OHG oder WP-KG kann von der zuständigen Behörde (§ 30 WPO) als WP-Gesellschaft anerkannt werden, wenn sie zuvor wegen ihrer Treuhandtätigkeit als Handelsgesellschaft im Handelsregister eingetragen worden ist (§ 27 II WPO). Dadurch soll sichergestellt werden, daß außer der von der WPO als gewerblich angesehenen Treuhandtätigkeit, die nach § 43 IV Nr. 4 WPO mit der Wirtschaftsprüfertätigkeit vereinbar ist, keine gewerblichen Tätigkeiten vorgenommen werden und nicht gegen § 1 II WPO verstoßen wird[6].

Diese gesetzliche Unterstellung, daß bei Treuhandaufgaben ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe vorliege - wodurch zugleich eine Aufspaltung in eine teils handelsgewerbliche, teils nichthandelsgewerbliche Wirtschaftsprüfertätigkeit erfolgt -, ist nicht überzeugend. Die Aufgaben der Treuhänder (z.B. Pfleger,

---

1) Höppner, BB 1961, 1209, 1212; DB 1962, 105, 107; Herschel, S. 22; Mutze, Kennzahl 180, S. 2 f; Peter/Rawald, § 16, Erläuterung 2.

2) Rittner, StB 1967, 2, 4.

3) Lach (S. 105) spricht von einer "Kuriosität", Möhle (Wpg 1962, 197, 203) von einer "Eigenwilligkeit" der WPO.

4) Rittner, StB 1967, 2, 4, FN 6.

5) Über das Problem der zweckmäßigsten Rechtsform bei einer WP-Gesellschaft veranstaltete 1948 der Verlag der Zeitung "Der Wirtschaftsprüfer" (1955 in der Zeitung "Wirtschaftsprüfung" aufgegangen) ein Preisausschreiben. Näheres über die daraufhin gemachten Vorschläge siehe bei W. Müller, S. 166, FN 1. Allgemein zur Diskussion über die zweckmäßigste Gesellschaftsform bei freiberuflicher Zusammenarbeit, siehe unten, S. 197.

6) Thümmel, S. 51.

Testamentsvollstrecker, Vormund, Nachlaß-, Konkurs- oder Vergleichsverwalter) sind keine Tätigkeiten gewerblicher Art, ganz abgesehen von dem Problem, ob etwa die Voraussetzungen des § 2 HGB z.B. bei einer Pflegschaft erreicht werden. Allenfalls bei einer Vermögensverwaltung[1], Betreuung von Kreditsicherheiten, Halten von Gesellschaftsanteilen kann unter den Voraussetzungen des § 2 HGB von einem Handelsgewerbe die Rede sein. Anscheinend werden aber von den WP-Personalgesellschaften vielfach keinerlei Treuhandaufgaben wahrgenommen[2], so daß diese Gesellschaften nach handelsrechtlichen Grundsätzen schwerlich als "Handels"-gesellschaften anzusehen sind. Im übrigen wird allgemein weder bei den Einzelprüfern noch bei den WP-Gesellschaften in Form der AG und der GmbH davon ausgegangen, daß diese bei der Wahrnehmung von Treuhandaufgaben sich als Handelsgewerbetreibende betätigen.

Es zeigt sich also, daß der Gesetzgeber mit der Zulassung von WP-Personalgesellschaften keine glückliche Hand gehabt hat. Die Voraussetzungen der §§ 105 I, 161 I HGB werden nur selten wirklich erfüllt sein. Außerdem läßt sich aus der geringen Zahl dieser Gesellschaften kein großes Bedürfnis für diese Gesellschaftsformen in der Praxis erkennen[3]. Ihre Bedeutung für die Rechtsstellung der WP-Gesellschaften im Handelsrecht ist daher nur gering. Sie sind als ein "atypischer Sonderfall"[4] bei den WP-Gesellschaften anzusehen. Nicht die OHG und die KG, sondern allein die AG und die GmbH als Regel- und Normalfall prägen das Recht der WP-Gesellschaften.

---

1) Z.B. nach heute h.M. die Verwaltung von Immobilien (Baumbach-Duden, § 105, Anm. 3 A; LG Köln, DB 1972, 10, 15; beide m.w.N.).

2) Vgl. BFH, Urteil vom 9. Juli 1964, BStBl. III, S. 530: WP-Gesellschaften in der Rechtsform der Personengesellschaften unterliegen nicht der Gewerbesteuerpflicht, wenn nachweislich von der Gesellschaft keine gewerblichen Tätigkeiten (Treuhandgeschäfte) ausgeübt werden; ähnlich FG Düsseldorf, Urteil vom 29. September 1961 (nach Lohmann, DB 1962, 277, 279, FN 3).

3) Vgl. die Tabelle oben, S. 41.

4) So Schäuble, S. 180; vgl. auch VG Düsseldorf, BB 1965, 1165 f.

d) Zusammenfassung

Aus den Erörterungen der Auswirkungen der WPO und des StBerG auf die handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung der WP- und StB-Gesellschaften ergibt sich, daß beide Gesetze deren Kaufmannseigenschaft nicht unberührt gelassen haben. Das hat zur Folge, daß bei der Anwendung des § 6 I HGB auf eine solche Gesellschaft entgegen der h.M. nicht vom Betreiben eines Handelsgewerbes gesprochen werden kann.

5. Ergebnis

Faßt man die Erörterungen über die WP- und StB-Gesellschaften **zusammen, so ist infolge der Eigenarten dieser Gesellschaften hinsichtlich der Frage der Tragweite von § 6 I HGB folgendes** festzustellen:
Die WPO und das StBerG wirken über die berufs- und standesrechtliche Seite hinaus auf die handels- und gesellschaftsrechtliche Stellung der Gesellschaften ein; es kann bei der Anwendung des HGB nicht vom Betreiben eines Handelsgewerbes ausgegangen werden; dennoch finden nach dem Wortlaut von § 6 I HGB Vorschriften des HGB Anwendung (etwa über die Prokura; § 45 WPO), welche das Betreiben eines Handelsgewerbes voraussetzen.

Aus diesen Feststellungen folgt wiederum, daß die formalen und begriffsjuristischen Argumente der h.M. wie der Mindermeinung zu § 6 I HGB nicht stichhaltig sind. Des weiteren erweist sich die nur schlagwortartig erfolgte Berufung einiger Vertreter der h.M. auf die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Verkehr mit Vollkaufleuten, den Verkehrsschutz und die Praktikabilität in der bloß allgemein erfolgten, nicht näher begründeten Argumentation als das Arbeiten mit weitgehenden Leerformeln. Aus dem Handelsregister und der Firma ist zu ersehen, daß es sich um WP- und StB-Gesellschaften handelt. Damit wird für den Verkehr deutlich gemacht, daß diese Gesellschaften kein Handelsgewerbe betreiben[1].

---

1) Vgl. BVerfGE 21, 227, 231 f.

Die Einbeziehung der freien Berufe des Wirtschaftsprüfers und des Steuerberaters in das Handelsrecht verdeutlicht mithin, daß dessen Anwendung auf die WP-Gesellschaften nicht allgemein und nicht allein vom Wortlaut des § 6 I HGB entschieden werden kann.

III. Zusammenfassende Kritik und Schlußfolgerung

Als Ergebnis der kritischen Untersuchung der bisherigen Begründungsversuche der h.M. wie der Mindermeinung zu § 6 I HGB ergibt sich, daß beide Lehren keine befriedigenden und überzeugenden Vorschläge anbieten. Weder ist bei einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH aus rechtlichen Gründen vom Betreiben eines Handelsgewerbes auszugehen, um eine Anwendung des Kaufmannsrechts zu erreichen. Noch läßt sich die These aufrechterhalten, daß bei diesen Gesellschaften ohne Handelsgewerbe die Anwendung aller der Vorschriften des HGB entfalle, die vom Kaufmann in seinem Handelsgewerbebetrieb sprechen.

Vielmehr besagt der Wortlaut des § 6 I HGB klar und unzweideutig, daß auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH das gesamte Recht der Kaufleute anzuwenden ist. Allerdings folgt aus der beispielhaft erfolgten näheren Untersuchung der handels- und gesellschaftsrechtlichen Stellung der WP- und StB-Gesellschaften, daß eine wörtliche und weitgehend schematische Sicht des § 6 I HGB nicht ausreicht, um die Anwendung der für die Kaufleute geltenden Vorschriften zu rechtfertigen. Die WPO und das StBerG fordern, daß grundsätzlich und im rechtlich zulässigen Rahmen die natürlichen Personen der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater sowie die WP- und StB-Gesellschaften gleichzusehen sind. Wenn man dies berücksichtigt und dann in die Betrachtung mit einbezieht, daß bei den

WP-Gesellschaften nicht selten die Einmann-GmbH[1] zu finden ist[2], so wird anschaulich die Berechtigung der Fragestellung offenbar[3], ob nach § 6 I HGB tatsächlich auch die Zivil-AG und die Zivil-GmbH dem Handelsrecht schlechthin und ohne weiteres unterworfen werden können.

Es sind daher, was bisher in Rechtsprechung und Lehre außer geringfügigen Ansätzen nicht geschehen ist[4], im einzelnen der Sinn und Zweck dafür zu ergründen, warum in § 6 I HGB ausgesprochen ist, daß auch auf die fiktiven Handelsgesellschaften der Zivil-AG und der Zivil-GmbH das gesamte Kaufmannsrecht Anwendung zu finden hat. Nur auf Grund einer genauen Prüfung der ratio legis läßt sich feststellen, ob und weshalb diese Vorschrift insoweit eingreift oder ob sie ggfs. bei solchen Gesellschaften - entgegen dem Wortlaut - außer acht gelassen oder zumindest eingeengt gesehen werden muß. Eine etwaige derartige Einschränkung des Geltungsbereichsä von § 6 I HGB durch ein Zurückbleiben hinter der Wortbedeutung, die sich aus dem rechtspolitischen Zweck und Sinnzusammenhang dieser Norm ergäbe, würde bedeuten, daß sich

---

1) Vgl. W. Müller, S. 181, 206. Ob auch Einmanngesellschaften bei der WP-AG oder den StB-Gesellschaften (AG, GmbH) vorkommen, ist aus dem einschlägigen Schrifttum nicht ersichtlich, aber zu vermuten. Allgemein ist festzustellen, daß nach Inkrafttreten der WPO immer mehr Wirtschaftsprüfer in WP-Gesellschaften tätig wurden, die zuvor in Einzelpraxen ihren Beruf ausgeübt hatten (vgl. die Zahlen bei W. Müller, S. 164).

2) Allgemein zur Gesellschafterzahl bei der Zivil-GmbH: Loidl, S. 116 f. Von allen Gesellschaften mit beschränkter Haftung - also vor allem bei der Handels-GmbH - sind rund ein Drittel Einmanngesellschaften (nach W. Müller, S. 181).

3) Vgl. auch oben S. 54-57.

4) Wolff lehnte es z.B. wegen der "bekannten Methodischen Bedenken" ausdrücklich ab, sein Ergebnis (auf jede AG und GmbH ist das Kaufmannsrecht voll anzuwenden), anhand einer Verwertung der Gesetzesmaterialien zu überprüfen (Wolff, S. 137, FN 35).

bezüglich der Zivil-AG und der Zivil-GmbH in § 6 I HGB eine Regelungslücke in Gestalt einer "verdeckten"[1] oder "Entscheidungs"[2]-Lücke befindet. In rechtsmethodischer Hinsicht würde also eine teleologische Reduktion[3] des § 6 I HGB erfolgen.

---

1) Larenz, S. 362, 377; Canaris, S. 83 m.w.N. in FN 88.

2) Bartholomeyczik, S. 83, 93 f.

3) Siehe allgemein zur teleologischen Reduktion (teilweise spricht man von teleologischer Restriktion): Enneccerus-Nipperdey, S. 344; Larenz, S. 377 ff; Canaris, S. 82 ff; Schlüter, Vertretungsmacht, S. 63 ff.

2. ABSCHNITT

DIE BEHANDLUNG DES PROBLEMS AUF GRUND DER GESETZLICHEN TELEOLOGIE

§ 5. Sinn und Zweck der in § 6 I HGB erfolgten Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH

Die Frage, welche Auswirkungen § 6 I HGB von seinem Sinn und Zweck her auf die handelsrechtliche Stellung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH hat, erfordert eine Untersuchung, welche Bedeutung für die ratio legis dieser Vorschrift die §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG haben und welche rechtspolitische Zwecksetzung in allen diesen Vorschriften durch den Gesetzgeber erfolgt ist. Sodann ist zu prüfen, ob diese rechtspolitische Zwecksetzung heute noch gegeben oder möglicherweise ein Bedeutungswandel der einschlägigen Normen eingetreten ist.

I. Die Bedeutung der Fiktionen der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG für die ratio legis von § 6 I HGB

§ 6 I HGB steht in engem Zusammenhang mit den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG und muß mit diesen Vorschriften zusammen betrachtet werden[1]. Daher ist vor einer Untersuchung von Sinn und Zweck des § 6 I HGB die Frage zu klären, welche Auswirkungen sich insoweit aus den in §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG enthaltenen Fiktionen hinsichtlich der Zivil-AG bzw. Zivil-GmbH ergeben.

Kraft der suggestiven Wirkung der Formulierung[2] verdeckt eine gesetzliche Fiktion mit der Anordnung der gleichen,

---

1) Vgl. oben, S. 28 ff.

2) Vgl. v.Tuhr, Bd. I, S. 24.

jedoch für einen anderen Tatbestand geschaffenen Rechtsfolge leicht die tatsächlich bestehenden Unterschiede[1]. Deshalb darf die rechtliche Gleichsetzung nicht über das vernünftige, sachlich vertretbare Maß hinaus ausgedehnt werden, um die tatsächlichen Unterschiede nicht gänzlich zu verwischen[2]. Die in jeder Fiktion liegende Verweisung auf die für einen anderen Tatbestand geschaffene Rechtsfolge darf nur so verstanden werden, daß die Norm, auf die verwiesen wird, "entsprechend" anzuwenden ist[3]. Die rechtliche Gleichsetzung kann also "mehr oder minder weit" gehen[4]. Sie braucht nicht notwendig in jeder Hinsicht durchgeführt zu sein[5].

Es taucht mithin bei jeder gesetzlichen Fiktion das Problem auf, ob die Verweisung auf die auf einen anderen Tatbestand ausgesagte Rechtsfolge in jeder Hinsicht oder nur in beschränktem Umfang ausgesprochen worden ist. Hat etwa der Gesetzgeber nicht alle Konsequenzen der von ihm angeordneten rechtlichen Gleichstellung erkannt, so kann der Zweck der die Fiktion enthaltenden Vorschrift eine einschränkende Auslegung erforderlich machen[6]. Daher ist bei einer gesetzlichen Fiktion in Zweifelsfällen immer der Grund der rechtlichen Gleichsetzung zu untersuchen. Anhand der ratio legis, des Sinns und Zwecks ist zu entscheiden, welchen Umfang die rechtliche Gleichsetzung hat.

Eine solche Untersuchung kann jedoch nur beim Normalfall einer gesetzlichen Fiktion erfolgen. Bei diesem wird ausgesprochen, daß die sich auf den Tatbestand einer anderen Norm beziehende Rechtsfolge auch für den in der Fiktion geregelten

---

1) Larenz, S. 246.
2) Esser, S. 31 ff.
3) Larenz, a.a.O.
4) Siehe v.Tuhr, Bd. II, 1, S. 13.
5) Larenz, a.a.O.
6) Larenz, S. 246.
7) Vgl. Lehmann-Hübner, S. 37; Esser, S. 32.

Tatbestand gilt. Anders verhält es sich allerdings bei dem Sonderfall der Fiktionen der §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG, da diese nicht auf die für einen anderen Tatbestand ausgesprochene Rechtsfolge verweisen[1]. Vielmehr enthalten sie als definitorische Rechtssätze nur Aussagen darüber, wann bei einer AG oder GmbH der Tatbestand einer wirklichen oder einer fingierten Handelsgesellschaft vorliegt. Erst in § 6 I HGB werden für beide Tatbestände die Rechtsfolgen des Erwerbs der Kaufmannseigenschaft und der Anwendung des Kaufmannsrechts ausgesprochen. Derselbe Rechtssatz spricht also für verschiedene Tatbestände die gleiche Rechtsfolge zusammen aus, wobei die Bedeutung des § 6 I HGB für die Personengesellschaften[2] nicht einmal berücksichtigt ist.

Infolgedessen entfällt die Möglichkeit einer Überprüfung des Umfangs der Fiktionen bei den §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG selbst. Nur die ratio legis des § 6 I HGB kann ergeben, ob das Kaufmannsrecht anwendbar ist oder nicht. Dabei ist jedoch der Sinn und der Zweck der in den §§ 3 AktG, 13 III GmbH, 3 RegEGmbHG stehenden Fiktionen mitzubeachten.

II. Die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG

1. Die Feststellung der berührten Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken

Der Sinn und Zweck eines Gesetzes sind durch die Erkenntnis seiner rechtspolitischen Zwecksetzung zu ermitteln[3]. Als erster Schritt zu dieser Erkenntnis sind die Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken festzustellen, die

---

1) Siehe oben, S. 42 ff.

2) Vgl. insoweit Schmidt, JZ 1973, 299, 300.

3) Bartholomeyczik, S. 40.

von der gesetzlichen Regelung berührt werden[1].

Mit der Unterstellung unter das Handelsrecht werden zunächst die Interessen der Zivil-AG und der Zivil-GmbH selbst berührt. Weil sie weder einen handelsgewerblichen Unternehmensgegenstand besitzen noch den handelsgewerblichen Zweck der Gewinnerzielung verfolgen, ist diesen Gesellschaften daran gelegen, daß ihre nichthandelsrechtlichen Belange gebührend berücksichtigt werden. Ihr Interesse läuft also darauf hinaus, daß die Ausdehnung des Handelsrechts auf ein nichthandelsrechtliches Gebiet keinesfalls zu einer grundlosen, pauschal-unreflektierten Anwendung des Kaufmannsrechtes führen darf.

Durch die Verleihung der Kaufmannseigenschaft werden weiter die Interessen der Personen betroffen, welche mit der Zivil-AG oder Zivil-GmbH in Verbindung stehen oder treten. Einmal handelt es sich um die Interessenverhältnisse, welche man die inneren oder internen nennen kann. Dazu zählen die Beziehungen zu den Gesellschaftern und den Mitarbeitern, die infolge ihrer nahen und unmittelbaren Stellung zur Gesellschaft eine genaue Kenntnis von deren nichthandelsgewerblichem Gegenstand und Zweck haben. Zum anderen geht es um die Regelung der Beziehungen der Gesellschaft zu den Personen, die - ohne die Sonderverbindung als Mitarbeiter oder Gesellschafter - in Verbindung zur Gesellschaft treten. Diese Verhältnisse kann man die äußeren oder externen nennen, weil sich die Verbindung erst auf Grund von weiteren Schritten im allgemeinen Rechtsverkehr ergibt.

Die Verbindung der Gesellschafter zur Gesellschaft beruht infolge der Eigenarten der AG und der GmbH als Kapitalgesellschaften auf der vermögens- und kapitalmäßigen Beziehung zur Gesellschaft als Aktionär oder Inhaber eines Geschäftsanteils. Die Mitgliedschaft wird durch den Erwerb eines Teils des Gesellschaftsvermögens erlangt und erlischt mit dessen Verlust.

---

1) Bartholomeyczik, S. 47.

Damit beherrscht im Grundsatz eine vermögensrechtliche Ausrichtung das Leben der Gesellschaft, das beim Betreiben eines Handelsgewerbes auf Erwerb gerichtet ist. Dieser Anspruch auf Gewinn, der meist das wichtigste Vermögensrecht darstellt, entfällt allerdings bei der Zivil-AG und Zivil-GmbH bzw. steht nur im Hintergrund der Betrachtung (vgl. die WP- und StB-Gesellschaften). Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß selbst bei einer gemeinnützigen AG oder GmbH die Mitgliedschaft auf dem Vermögensanteil beruht und von ihm bestimmt wird[1]. Sogar in den Fällen, in denen z.B. bei der Zivil-GmbH die Leistung der Stammeinlage weitgehend hinter der Verpflichtung zurücktritt, jährliche Zuschüsse zu leisten[2], bildet die Beteiligung am Stammkapital die Grundlage der Mitgliedschaft.

Das Stammkapital büßt dadurch teilweise seine Funktion als Haftungsgrundlage für die Gläubiger ein[3], so daß die Kreditfähigkeit der Gesellschaft weitgehend von der Finanzkraft der Gesellschafter abhängt. Unterstrichen wird dies durch die Tatsache, daß im Gegensatz zur Handels-GmbH bei der Zivil-GmbH fast keine Sachgründungen vorkommen[4]. Im Unterschied zum Verein ist also bei jeder Zivil-AG und Zivil-GmbH immer ein Vermögensstock vorhanden, mag er auch nur durch Nachschußverpflichtungen gesichert sein. Jede derartige Gesellschaft ist daher auch bei idealer oder gemeinnütziger Betätigung immer mit einer gewissen Vermögensverwaltung verbunden[5]. Dieses System der sachlichen Vermögensbindung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaften zeigt, daß das Interesse der Gesellschafter einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH darauf hinausläuft, die vermögens- und kapitalmäßige Beziehung zur Gesellschaft bei der Anwendung des Kaufmannsrechts gebührend zu berücksichtigen.

---

1) Vgl. K. Lehmann, S. 242; O. v.Gierke, Genossenschaftsrecht, S. 1016.

2) Etwa bei den Förderungsgemeinschaften oder idealen GmbHs (vgl. Loidl, S. 199 f).

3) Loidl, S. 118.

4) Nach Loidl (S. 119) ist dies ein Indiz für eine größere Kreditwürdigkeit.

5) Vgl. Bähr, S. 8.

Die Mitarbeiter der Zivil-Gesellschaften wissen, daß sie keine "kaufmännischen Dienste in einem Handelsgewerbe" (vgl. § 59 HGB) leisten. Ihr Interesse läuft also grundsätzlich darauf hinaus, nicht etwa als Handlungsgehilfen angesehen, sondern entsprechend ihrer Tätigkeit wie die Arbeitnehmer behandelt zu werden, deren Rechtsverhältnisse zum Arbeitgeber außerhalb der handelsrechtlichen Normen stehen. Enthalten diese Vorschriften allerdings Grundsätze, die auf alle Arbeits- und Dienstverhältnisse zutreffen und Schutzfunktionen zum Inhalt haben (vgl. §§ 74 ff HGB), so verlangt es das Schutzinteresse der Arbeitnehmer der Zivil-Gesellschaften, daß die entsprechenden Vorschriften des Kaufmannsrechts ihnen in zulässiger Weise zugute kommen.

Im äußeren Verhältnis zu Dritten schließlich sind die Richtigkeitsprinzipien der Rechtssicherheit einschließlich Rechtsklarheit und Rechtssicherheit[1] von besonderer Bedeutung. Der Grundsatz der Klarheit im Recht verlangt, daß der Rechtsverkehr nicht mit unklaren Regelungen belastet wird. Entweder werden auch die fingierten Handelsgesellschaften voll dem Handelsrecht unterstellt, wenigstens bei den Vorschriften, welche den Rechtsverkehr mit Dritten regeln (z.B. §§ 343 ff HGB). Oder es muß durch klare und eindeutige Festlegung die sofortige Erkennbarkeit sichergestellt sein, daß die AG oder GmbH trotz ihrer formalen Kaufmannsstellung wegen fehlenden Handelsgewerbebetriebs sich gar nicht im kaufmännischen Handelsleben bewegt und deshalb auch nicht so behandelt werden kann. Die Interessen der externen Personen verlangen also, daß der Gesetzgeber dem Schutzbedürfnis im Rechtsverkehr mit einem Kaufmann in unmißverständlicher und unzweideutiger Weise Rechnung trägt und von Unsicherheiten sowie Zweifeln freihält.

Neben den aufgezeigten Interessen, Rechtswerten und Richtigkeitsgedanken steht das Prinzip, daß das deutsche Privatrecht

---

1) Vgl. zu diesem besonders wichtigen Richtigkeitsgedanken Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130, 133 ff.

zweigeteilt ist in Normen, die für alle Rechtsunterworfenen gelten (Bürgerliches Recht), und Sondernormen, die sich an den engeren Kreis der Kaufleute in ihrem Handelsgewerbe richten (Handelsrecht)[1]. Wenn diese Trennung in das allgemeine Bürgerliche Recht und das Handelsrecht[2] nicht verwischt und damit illusorisch werden soll, muß bei einer Ausdehnung des Handelsrechts auf jemanden, der sich nicht entsprechend den "sachlichen Merkmalen" des Handelsrechts[3] (z.B. hohe Beweglichkeit, Schnelligkeit, rasche Abwicklung)[4] betätigt, sichergestellt werden, daß dies in einer Weise und in einem Umfang erfolgt, die nicht zu unvertretbaren Ergebnissen führen. Dabei muß die Einbeziehung in das Handelsrecht auf beachtens- und billigenswerten Gründen beruhen, die diesen Schritt rechtfertigen und einsehbar machen. Nur dies stünde z.B. im Einklang damit, daß das Vertrauen auf den Rechtsschein im Rechtsverkehr allein dann geschützt wird, wenn der andere berechtigtermaßen auf den Schein vertrauen darf[5].

Insgesamt gesehen ist somit festzuhalten, daß es um eine Fülle von Einzelinteressen geht, die zumindest teilweise nicht konform laufen, und daß verschiedene Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken miteinander konkurrieren.

2. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Rangordnung der berührten Interessen, Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken

Als nächster Schritt zur Erkenntnis der rechtspolitischen Zwecksetzung eines Gesetzes ist zu ermitteln, welchen Interessen, Rechtswerten und Richtigkeitsgedanken der Gesetzgeber in ihrer Konkurrenz den Vorzug gegeben hat[6]. Dabei haben die

---

1) Es wird hier von der Streitfrage abgesehen, ob das Individualarbeitsrecht dem allgemeinen Zivilrecht anzuordnen ist.

2) Vgl. dazu Capelle, S. 1 f; Raisch, JuS 1967, 533 und Abgrenzung; Gierke-Sandrock, S. 1 ff, bes. S. 4.

3) So Gierke-Sandrock, S. 7.

4) Siehe im einzelnen Capelle, S. 4 f; Gierke-Sandrock, S. 7 f.

5) Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130, 134.

6) Bartholomeyczik, S. 47 f.

vom Gesetzgeber erstrebten rechtspolitischen Ziele[1] maßgebende Bedeutung sowie die Richtigkeitsgedanken, die bei seiner Abwägung den Inhalt der von ihm gestalteten gesetzlichen Vorschrift und damit sein Werturteil bestimmt haben[2]. Daher ist zu untersuchen, wie die geschichtliche Entwicklung der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG in der Frage der Anwendung des Handelsrechts auf nichtkaufmännische Gesellschaften verlaufen ist und welche Vorstellungen die an der Gesetzgebung beteiligten Personen gehabt haben[3]. Denn der Sinn rechtlicher Gestaltungen erhellt sich erst, wenn sie als geschichtlich gewachsene Erscheinungen begriffen werden[4].

a) Die Zweiteilung der AG in Zivilaktiengesellschaften und kaufmännische Aktiengesellschaften in der Zeit vor 1870

Von grundlegender Bedeutung für die Entwicklung des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts und dabei insbesondere des Aktienrechts[5], das sich wiederum auf das GmbH-Gesetz von 1892 stark auswirkte, ist das 19. Jahrhundert[6]. Das gilt auch für das Problem, ob eine Zivil-AG oder eine Zivil-GmbH dem Handelsrecht unterstellt werden soll[7].

---

1) Larenz, S. 315 ff; Bartholomeyczik, S. 48 ff.

2) Bartholomeyczik, S. 48.

3) Bartholomeyczik, S. 52 ff; Larenz, S. 317 ff.

4) Raisch, Voraussetzungen, S. V (Vorwort)

5) Vgl. Voigt, S. 69 ff.

6) Siehe z.B. die Schriften von Raisch (Voraussetzungen, Abgrenzung).

7) Die folgende historische Erörterung kann an einigen Stellen etwas zu breit geraten sein. Doch schien eine Kürzung kaum angebracht, da oft nur schwer greifbares Material verwertet wurde (vgl. auch Raisch, Voraussetzungen, S. V (Vorwort)).

An erster Stelle ist das Augenmerk auf die Gestaltung des Aktienrechts in Preußen zu richten, weil das preußische Recht die Grundlage des späteren Reichsrechts und damit des heutigen Rechts geworden ist[1]. Im Gegensatz zu einem großen Teil des europäischen Auslandes[2] war noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Preußen und den anderen deutschen Staaten die AG fast unbekannt[3]. Dementsprechend enthielt das preußische ALR für die AG keine Vorschriften[4]. Mit der Fortgeltung des napoleonischen code de commerce vom 15. September 1807 - darin wurde zum ersten Mal die AG als Institut gesetzlich geregelt[5] - in einigen preußischen Landesteilen[6] wurde der Anstoß dazu gegeben, daß sich in Gesamtpreußen der neue Typus der AG einbürgerte[7]. Dabei bildeten sich im Zuge der große Kapitalansammlungen verlangenden industriellen und verkehrstechnischen Entwicklung (Eisenbahn) einerseits die bereits damals sogenannten kaufmännischen oder Handelsaktiengesellschaften heraus. Zum anderen wurde das Institut der AG in erheblichem Umfang dazu benutzt, die schon damals sogenannten Zivilaktiengesellschaften zu gründen, die nicht kaufmännischen, sondern ideellen Zwecken dienten[8]. Das hing damit zusammen, daß nach dem ALR die Gründung von privaten Personenvereinigungen und Gesellschaften nur schwer durchzuführen und daher vor dem

---

1) Voigt, S. 72; vgl. auch Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 57; K. Lehmann, S. 77 f.

2) Etwa Frankreich, Großbritannien, Niederlande.

3) Eine Ausnahme bildete Ostfriesland, wie Gmür (S. 167 ff) nachgewiesen hat. Vgl. allgemein zur Geschichte des deutschen Aktienwesens bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts K. Lehmann, S. 75 ff.

4) K. Lehmann, S. 77; Voigt, S. 74, m.w.N. in FN 63, vgl. auch Gmür, S. 167, 193.

5) Art. 19, 29-38, 40, 45 code de commerce; vgl. K. Lehmann, S. 68.

6) Z.B. in der Rheinprovinz.

7) Vgl. K. Lehmann, S. 77; Voigt, S. 75.

8) Voigt, S. 74.

Auftreten der Zivil-AG die Zahl ideeller Vereinigungen nur sehr gering war[1].

Die starke und schnelle Entwicklung des Aktienwesens in Preußen[2] wurde dadurch ermöglicht, daß dieses Land als erster deutscher Bundesstaat ein aktienrechtliches Gesetz erließ. Zuerst wurde mit Gesetz vom 3. November 1838 das Recht der Eisenbahnunternehmungen, insbesondere der Eisenbahnaktiengesellschaften geregelt[3]. Mit dem Gesetz vom 9. November 1843 folgte eine sich auf alle Aktiengesellschaften beziehende Regelung[4], die sich sowohl auf die Handels-AG wie die Zivil-AG bezog. Allerdings wurde in § 9 des Gesetzes ein bedeutsamer Unterschied gemacht, indem festgelegt wurde:

Abs.1 "Die Aktiengesellschaften, welche auf Gewerbs- oder Handelsunternehmungen gerichtet sind, haben kaufmännische Rechte und Pflichten".

Abs.3 "An Orten, wo kaufmännische Corporationen bestehen, sind sie denselben beizutreten, verpflichtet".

Der preußische Gesetzgeber entschied sich also dafür, beide Arten der AG nur insoweit gleichzustellen, als es um den Status der Zulassung der AG sowie um die Beziehung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft ging. Das externe Verhältnis zu Dritten und das interne Verhältnis zu den Mitarbeitern der Gesellschaft richtete sich nach dem Unternehmensgegenstand. Um dabei im Rechtsverkehr keine Unsicherheiten darüber aufkommen zu lassen, wann eine Handels- und wann eine Zivil-AG vorlag, wurde vorgeschrieben, daß der Name der AG nur nach dem

---

1) Voigt, S. 73 f; vgl. auch die Ausführungen des Abgeordneten Miquel in der Reichstagssitzung am 20. Mai 1870 (Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S.1072).

2) Vgl. die Zahlen über die Aktiengesellschaften in Preußen in den Jahren 1800-1850 bei Löwenfeld, S. 3 (bis 1800 fünf, von 1801-1825 sechzehn, von 1825-1850 einhundertundzwei).

3) Gesetz über die Eisenbahn=Unternehmen, PrGS 1838, S. 505.

4) Gesetz über die Aktiengesellschaften, PrGS 1843, S. 341. - Über dieses Gesetz Bösselmann, S. 70 ff.

im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand[1] ausgeformt werden durfte[2]. Dadurch war für jedermann ohne weiteres ersichtlich, ob es sich um eine Offiziersheim-Casino AG, Kunstausstellungs-AG usw. oder um eine Bierbrauerei-AG, Kreditbank-AG usw. handelte.

Das Entstehen der Zivil-AG führte trotz der preußischen Gesetzesregelung in der Literatur zu einer kontroversen Erörterung der Frage, ob nicht auch diese Gesellschaft zu den Handelsgesellschaften zu rechnen und dem Handelsrecht zu unterstellen sei. Ein Teil der Lehre meinte, jede Aktienverbindung müsse als Handelsgesellschaft angesehen werden[3]. Denn eine AG könne ihrer ganzen Anlage nach nicht anders als in kaufmännischer Weise betrieben werden, das Publikum sehe in ihr eine wesentlich kaufmännische Institution, und die Gesetzgebung sowie die juristische Doktrin verwiesen sie in das Gebiet des Handelsrechts[4].

Daß zumindest letztes nicht zutraf, zeigte die Gegenmeinung, daß eine Zivil-AG nicht als Handelsgesellschaft anzusehen sei[5]. Eine[6] nicht kaufmännische Zwecke verfolgende AG vermöge ihr Ziel auch ohne kaufmännisches Handeln zu erreichen, bei einer Gesellschaft zu vorübergehenden Zwecken (z.B. zur Veranstaltung einer Ausstellung) entfalle sogar die Notwendigkeit der kaufmännischen Buchführung. Weiter folge aus der Wahl der Zivil-AG in großer Zahl zur Verfolgung idealer Zwecke, daß vom Publikum

---

1) § 2 Nr. 2 Gesetz vom 8. November 1843.

2) § 5 Gesetz vom 8. November 1843: "Die Aktiengesellschaft darf keine Firma annehmen, welche die Namen der Beteiligten ausdrückt, sondern ist nach dem Gegenstand, für welchen sie errichtet wurde, zu benennen."

3) Jolly, Zeitschrift für deutsches Recht XI (1847), 317, 331 f; weitere Nachweise bei Renaud, 1. Aufl., S. 165, FN 10.

4) So Jolly, a.a.O.

5) Renaud, 1. Aufl., S. 165 ff, insbesondere S. 167, m.w.N. in FN 12.

6) Vgl. zum folgenden Renaud, 1. Aufl., S. 166 f.

eine AG keineswegs notwendig als Handelsgesellschaft angesehen werde. Niemand gehe z.B. bei einer Casinovereinigung von einer wesentlich kaufmännischen Institution aus. Schließlich gebe es genügend europäische Gesetzbücher (z.B. in Preußen), welche die Zivil-AG keineswegs schlechtweg als Handelsgesellschaft betrachteten[1]. Selbst wenn in einzelnen Ländern das Aktienrecht allein durch die Handelsgesetzgebung geregelt sei, so folge daraus nur, daß dort eine AG lediglich ein Handelsunternehmen betreiben könne.

Mit einer Regelung des Aktienrechts für das gesamte Gebiet des Deutschen Bundes befaßte sich die "Nürnberger Kommission", die von der Bundesversammlung am 18. Dezember 1856 zur "Entwerfung einer Vorlage eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für die deutschen Staaten" eingesetzt wurde. Sie tagte in den Jahren 1857 bis 1861 in Nürnberg und für die Beratungen des Seerechts in Hamburg. Die Kommission legte ihren Beratungen den "Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten" von 1857 zugrunde. Den von ihr nach drei Lesungen der ersten vier Bücher und zwei Lesungen des Seehandelsrechts verabschiedeten "Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches" (ADHGB) legte sie der Bundesversammlung am 16. März 1861 vor, welche mit Beschluß vom 31. Mai 1861[2] den Mitgliedstaaten den Entwurf zur Einführung als Landesgesetz empfahl. Dieser Aufforderung entsprachen die meisten Bundesstaaten. Nachdem mit Gründung des Norddeutschen Bundes im Jahre 1867 eine Änderung der Lage hinsichtlich einer einheitlichen Gesetzgebung dadurch entstanden war, daß dem Bund eine unmittelbare Gesetzgebungskompetenz zuerkannt wurde und die Bundesgesetze entgegen jahrhundertealtem Verfassungsrecht den Ländergesetzen vorgingen (Art. 2 S. 1 VerfNorddBund), wurde

---

1) Weitere Staaten außer Preußen siehe bei Renaud, 1. Aufl., S. 166.

2) Bundesprotokolle von 1861, S. 400-406, 414, 577.

mit Gesetz vom 5. Juni 1869[1] das ADHGB entsprechend Art. 4 Ziff. 2, 13 VerfNorddBund zum Bundesgesetz erhoben. Seitdem hatte es im Gebiet des Norddeutschen Bundes als unmittelbares Bundesrecht Geltung.

Das ADHGB regelte das Recht der Aktiengesellschaften im 3. Titel des 2. Buches ("von den Handelsgesellschaften)" in den Art. 207-249. Diese Vorschriften bezogen sich allein auf die Handels-AG. Man beschäftigte sich in der "Nürnberger Kommission" mehrmals und ausgiebig mit dem Problem einer etwaigen Einbeziehung der Zivil-AG in das ADHGB und griff zunächst auf Art. 3 S. 1 PreußE 1857 zurück, der entsprechend § 9 des Gesetzes vom 9. November 1843[2] eine Gleichstellung mit den Kaufleuten nur bei der Handels-AG vorsah[3]. Begründet wurde dies damit, es liege im Begriff der Handelsgesellschaft, daß sie den Betrieb des Handels zum Zweck habe[4]. Daher würde allein die Handels-AG in ein Handelsgesetzbuch gehören[5].

Die "Nürnberger Kommission" übernahm in Art. 84 f ADHGB I wörtlich die Art. 85 f PreußE 1857, obwohl zunächst deren Streichung wegen fehlender praktischer Bedeutung ihres Inhalts beantragt worden war[6]. Bei der Diskussion des Problems hielt

---

1) Gesetz, betreffend die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung, der Nürnberger Wechsel-Novellen und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches als Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 (BGBl. 18 S. 379).

2) Vgl. Motive zum preuß. Entw. 1857, S. 8.

3) Art. 3 S. 1 preuß. Entw. 1857: "Handelsgesellschaften, ingleichem Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, sind den Kaufleuten gleich zu achten".

4) Motive zum preuß. Entw. 1857, S. 46. Vgl. auch Art. 85 f preuß. Entwurf 1857 (Art. 85: "Das Gesetz erkennt drei Arten von Handelsgesellschaften an .."; Art. 86: "Die Handelsgesellschaften sind: ... die Aktiengesellschaften").

5) Motive zum preuß. Entw. 1857, S. 46.

6) Nürnberger Protokolle, S. 976.

man es angesichts der in der Literatur bestehenden Streitfrage einstimmig für "unentbehrlich", eindeutig herauszustellen, daß die Zivil-AG keine Handelsgesellschaft sei und nicht vom Handelsgesetzbuch betroffen werden dürfe[1]. Infolge dieser klaren Regelungen in den Art. 84 f ADHGB I strich die Nürnberger Kommission Art. 3 S.1 preuß. Entw. 1857 auf die Worte zusammen "Handelsgesellschaften sind den Kaufleuten gleich zu achten" (Art. 3 I ADHGB I). Dies geschah allerdings auch erst nach einer Auseinandersetzung darüber, ob die Handelsgesellschaften überhaupt als selbständige Handelspersonen neben den Einzelkaufleuten angesehen werden könnten[2]. Nachdem man erkannt hatte, daß die Bestimmungen über die kaufmännischen Rechte und Pflichten, Firmen, Prokura, Buchführung usw. ebenfalls dann zur Anwendung kommen müßten, "wenn mehrere gemeinschaftlich ein Handelsgeschäft betrieben"[3], also das für die Einzelkaufleute geschaffene Kaufmannsrecht auch auf die Handelsgesellschaften paßte, wurde der in der Kommission gestellte Antrag abgelehnt, Art. 3 ADHGB I ganz wegzulassen[4].

In der 2. Lesung beschloß man jedoch, die Art. 84 f ADHGB I ersatzlos zu streichen. Entsprechend der "Natur der Sache"[5] und wie es sich bei einem Handelsgesetzbuch "von selbst versteht"[6], wurde darüber in Art. 4 I ADHGB II = Art. 5 I ADHGB, in dem dann - wiederum nach Verwerfung des erneut gestellten Streichungsantrags[7] - die Verleihung der Kaufmannseigenschaft geregelt wurde, ein dem Zusatz von Art. 3 S. 1 preuß. Entw. 1857 entsprechender Nebensatz wieder eingefügt und folgende Gesetzesfassung gewählt:

---

1) Nürnberger Protokolle, S. 976.
2) Vgl. Nürnberger Protokolle, S. 539.
3) Nürnberger Protokolle, S. 539.
4) Siehe zur Entstehungsgeschichte im einzelnen v. Hahn, Art.5, Anm. § 1.
5) Renaud, 1. Aufl., S. 167.
6) Renaud, 1. Aufl., S. 33
7) Nürnberger Protokolle, S. 1259 f; v. Hahn, Art. 5, Anm. § 1.

"Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht".

Bei der Definition der AG in Art. 193 I ADHGB II = Art. 207 I ADHGB[1] wurde noch einmal herausgestellt, daß es lediglich um eine Regelung der Handels-AG ging, indem es hieß:

"Eine Handelsgesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn ..."[2].

Durch die Regelungen des ADHGB über die Handels-AG trat in allen Bundesstaaten, welche dieses Gesetz einführten, eine vollständige Trennung in diese Art der AG und in die Zivil-AG ein. Für Preußen hatte das zur Folge, daß das Gesetz vom 19. November 1843 sich nur noch auf die Zivil-AG bezog. Die Aufteilung des bis dahin einheitlichen Aktienrechts - abgesehen von der Anwendung des Kaufmannsrechts - und der Verlust der mühsam errungenen Rechtseinheit auf einem Teilgebiet für Gesamtpreußen[3] wurden als mißlich empfunden. Das war insbesondere deshalb der Fall, weil beide Arten der AG auf der Grundlage der kapitalmäßigen Beteiligung der Aktionäre beruhen und oft auch bei einer Zivil-AG nicht unerhebliche Kapitalien eingebracht werden. Es wurde daher von den Landesgesetzgebern erwartet, daß sie die allgemeinen Normen des ADHGB über die Handels-AG (Art. 207 ff ADHGB) auf die Zivil-AG für analog anwendbar erklärten oder daß sie ähnliche Normen erließen[4].

Diesem Bedürfnis entsprach Preußen mit dem Gesetz vom 15. Februar 1864[5]. Von den entsprechenden Gesetzen anderer Bundesländer fand insbesondere das bayerische Gesetz vom

---

1) Vgl. Nürnberger Protokolle, S. 1259.

2) Siehe insgesamt zur Entstehung der Art. 5 I, 207 I ADHGB Schmidt, oHG, S. 124 f.

3) Vgl. Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 57 f.

4) Vgl. Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, V, 574, 623.

5) Gesetz über die Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, vom 15. Februar 1864 (PrGS 1864, S. 57).

29. April 1869[1] Beachtung[2]. Das preußische Gesetz erklärte ähnlich wie das bayerische Gesetz die Art. 18[3], 207-248 ADHGB als auf die Zivil-AG für entsprechend anwendbar, sofern im weiteren Gesetz nicht ein anderes bestimmt sei. Daraus, daß Art. 5 ADHGB nicht aufgeführt und damit nicht für anwendbar erklärt wurde, ist zu schließen, daß - wie im Gesetz vom 9. November 1843 - der Zivil-AG keine Kaufmannseigenschaft zukommen und die Anwendung des kaufmännischen Handelsrechts entfallen sollte. Um allerdings die im Gesetz von 1843 nicht genügend geregelte Veröffentlichung des Gesellschaftsstatuts zu gewährleisten, war nunmehr auch dessen Veröffentlichung zum Entstehen der Zivil-AG erforderlich. Diese Regelung erfolgte, damit jeder Dritte sich Gewißheit über den Gegenstand des Unternehmens, die innere Organisation der Gesellschaft usw. verschaffen konnte[4]. Das bayerische und das preußische Gesetz unterschieden sich allerdings darin, daß erstes an Stelle der Eintragung in das Handelsregister[5] die Eintragung einer Zivil-AG in ein bei den Zivilgerichten (Bezirksgerichten) zu führendes besonderes Register anordnete. Das preußische Gesetz sah dagegen von einer Registrierpflicht ab und schrieb nur eine Veröffentlichung durch das Amtsblatt vor[6].

---

1) Gesetz betreffend diejenigen Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht (nach Gareis, a.a.O.).

2) Vgl. Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 62; Gareis, a.a.O.

3) Art. 18 ADHGB: Abs.1 "Die Firma einer Aktiengesellschaft muß in der Regel von dem Gegenstand ihrer Unternehmung entlehnt sein".
Abs. 2 "Der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden".

4) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 58.

5) Art. 211 ADHGB.

6) § 5 des Gesetzes vom 15. Februar 1864.

Zusammengefaßt zeigt die dargestellte Entwicklung, daß mit dem Aufkommen der AG in Deutschland zugleich die beiden Arten der kaufmännischen (Handels-AG) und nichtkaufmännischen Gesellschaften (Zivil-AG) auftraten. Das entstehende preußische und deutsche Aktienrecht sahen sich von Anfang an vor das Problem der etwaigen Einbeziehung der Zivil-AG in das Handelsrecht gestellt, was sofort zu kontroversen Meinungen in der Literatur führte. Der Gesetzgeber gebrauchte die Regelung des Aktienrechts zur Rechtsvereinheitlichung zunächst auf Landesebene und später im gesamten Gebiet des Deutschen Bundes, wobei letztes nur bei der Handels-AG erreicht wurde. Bei der Gesetzesfassung berücksichtigte er, daß zwar das System der kapitalmäßigen Bindung zwischen der AG und den Aktionären eine weitgehende Gleichbehandlung der Handels- und Zivil-AG erforderte. Zugleich erkannte er aber, daß der wesensmäßige Unterschied zwischen beiden Gesellschaften nur die Unterstellung der Handels-AG unter das Kaufmannsrecht verlangte. Es erfolgte demnach eine Annäherung oder Einbeziehung in das Handelsrecht lediglich insoweit, als es um den Schutz der eingebrachten Kapitalien ging. Im übrigen hielt man an der Trennung des Zivilrechts vom Handelsrecht fest. Der entsprechenden Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Verkehr glaubte man dadurch Genüge zu tun, daß der Name der AG aus dem Unternehmen der Gesellschaft genommen werden mußte (Prinzip der Sachfirma), um für jedermann von vornherein die Tätigkeit und damit den Zweck der Gesellschaft klarzustellen. Gesichert wurde dies dadurch, daß eine AG nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden[1] und deshalb der Staat darauf drängen konnte, wahrheitsgemäße und klare Angaben in der Firmierung zu machen[2].

---

1) Sogenanntes Konzessionssystem; vgl. § 1 des preußischen Gesetzes vom 9. November 1843 und Art. 208 I ADHGB.

2) Vgl. Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 58 f.

b) Die Aufhebung der Einteilung der Aktiengesellschaften in Zivil- und Handelsaktiengesellschaften durch Aktiennovelle von 1870

Im Jahre 1870 traten tiefgreifende Änderungen im Aktienrecht ein, die in ihren Grundzügen bis heute bestehen geblieben sind. Durch die sogenannte Aktiennovelle von 1870[1] wurde im Zuge des Liberalismus das bis dahin für die Errichtung einer KGaA und AG bestehende Konzessionssystem im Gebiet des Norddeutschen Bundes abgeschafft und durch das seitdem geltende System der Normativbestimmungen ersetzt. An Stelle der Staatsaufsicht wurden vermehrt Bestimmungen zur Sicherung der Gläubiger und des reellen Geschäftsbetriebs[2] eingeführt. Dieses veränderte Aktienrecht wurde auch auf die Zivil-AG für anwendbar erklärt, da sie nach der Novelle als AG im Sinne des ADHGB und damit als Handelsgesellschaft anzusehen war. Damit unterstand sie ebenso wie die Handels-AG dem Recht der Kaufleute. Durch die Gesetze vom 16. April 1871[3] und 22. April 1871[4] wurde das ADHGB einschließlich der durch die Novelle von 1870 eingetretenen Änderungen zum Reichsgesetz des inzwischen gegründeten Deutschen Reiches erklärt. Seitdem besteht in Deutschland[5] für alle Aktiengesellschaften grundsätzlich ein einheitliches Aktienrecht.

Die Unterstellung der Zivil-AG unter das Aktienrecht (Art. 207 ff ADHGB) und das Recht der Kaufleute (Art. 5 I ADHGB) wurde

---

1) Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870 (BGBl. 1870 S. 375).

2) Vgl. Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen V, 574, 624.

3) Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (BGBl. 1871 S. 63 (§2)).

4) Gesetz, betreffend die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern vom 22. April 1871 (BGBl. 1871 S. 87 (§§ 1, 2, 10)).

5) Für den heutigen Rechtszustand beschränkt sich diese Aussage auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes.

durch entsprechende Änderungen im Text des ADHGB erreicht[1]. Bei der Definition der AG in Art. 207 I ADHGB hieß es nunmehr:

> "Eine Gesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn ..."[2]

An Stelle des Textes:"Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden" lautete Art. 208 I ADHGB:

> "Eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht"[3].

Der die Verleihung der Kaufmannseigenschaft auf die Handelsgesellschaften aussprechende und damit die Anwendung des Kaufmannsrecht bewirkende Art. 5 I ADHGB wurde wie folgt neu gefaßt:

> "Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaft"[4].

aa) Die Ursachen der veränderten Haltung

Die veränderte Haltung in der Gesetzgebung zum Problem der Einbeziehung der Zivil-AG in das Aktien- und Kaufmannsrecht steht im Gegensatz zum bis dahin geltenden Rechtszustand. Maßgebend für diese Änderung waren verschiedene Gegebenheiten.

α) Die fehlende Rechtseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts

Für den Sinneswandel war zunächst das Scheitern der seit 1862

---

1) Vgl. Motive zur Aktiennovelle 1870, S. 659.

2) Zum vorherigen Wortlaut siehe oben, S. 94.

3) Ebenso Art. 174 I ADHGB für die KGaA: "Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn ..." statt bis dahin "Kommanditgesellschaften auf Aktien können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden".

4) Zum vorherigen Wortlaut siehe oben, S. 93 f.

laufenden Bemühungen für ein allgemeines deutsches Obligationenrecht bedeutsam[1]. Die von der Bundesversammlung mit dessen Ausarbeitung beauftragte und in Dresden tagende Kommission[2] plante zuerst eine eingehende Regelung des Rechts der Zivil-AG[3], schlug dann aber vor, diese Gesellschaft weitgehend dem Aktienrecht des ADHGB (Art. 207 ff) zu unterstellen (Art. 811 Dresdener Entwurf). Doch war eine Anwendung des Kaufmannsrechts des ADHGB (Art. 5 I) nicht vorgesehen[4]. Diese weitgehend dem preußischen Gesetz vom 15. Februar 1864 ähnelnde Regelung entfiel, da sich am Tage nach der Beendigung der Kommissionsarbeit (13. Juni 1866) der Deutsche Bund wegen des beginnenden Krieges von 1866 auflöste[5].

Der Beschluß der Bundesversammlung zur Schaffung des Obligationenrechts war gegen den Protest Preußens zustande gekommen, das auch nicht am Dresdener Entwurf mitarbeitete. Für diese im Gegensatz zu seinem einflußreichen Mitwirken an der Schöpfung des ADHGB stehende Haltung waren verschiedene Gründe maßgebend[6], vor allem die veränderte politische Haltung Preußens gegenüber dem Deutschen Bund und den meisten Bundesstaaten, seit BISMARCK maßgebenden Einfluß auf die preußische

---

1) Beschluß der Bundesversammlung vom 6. Februar 1862 zur Ausarbeitung eines "allgemeinen Gesetzes über Rechtsgeschäfte und Schuldverhältnisse (Obligationenrecht)" (Hedemann, S. 4; Raisch, Abgrenzung, S. 132).

2) Erste Tagung am 5. Januar 1863 (Hedemann und Raisch,a.a.O.).

3) Vgl. K. Schmidt, oHG, S. 125 m.w.N. aus den Verhandlungsprotokollen in FN 4.

4) Art. 811 Dresdener Entwurf lautete: "Auf Actiengesellschaften, welche nicht Handelsgesellschaften sind, finden die Vorschriften des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 18, 207-249, ferner Art. 12 bis 14 mit der Maßgabe Anwendung, daß die Vorschriften der Art. 245, 246 über die Handelsbücher der Gesellschaft für die Geschäftsbücher einer solchen Aktiengesellschaft gelten" (nach K.Schmidt, oHG, S. 125, FN 4).

5) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 44, FN 5.

6) Siehe dazu im einzelnen Getz,S. 146 ff; Hedemann, S. 2 ff.

Politik gewann[1]. Es entfiel daher auch eine realistische Möglichkeit zur Schaffung einer einheitlichen Gesetzgebung des Rechts der Zivil-AG, als 1867 der Norddeutsche Bund gegründet wurde.

Zwar wurde gegen die Pläne BISMARCKs es mühsam erreicht, daß dem Norddeutschen Bund die Gesetzgebungskompetenz über das Handels[2]- und das Obligationenrecht[3] zustand (Art. 4 Ziff. 2, 13 Verf. Norddt. Bund[4]). Doch war mit der Gründung des Norddeutschen Bundes das politische Ziel der Schaffung des Deutschen Reiches einschließlich der süddeutschen Staaten noch nicht erreicht, so daß man zur Verhinderung einer weiteren Rechtszersplitterung von vornherein von weitreichenden Veränderungen der Gesetzes- und Rechtslage Abstand nahm[5]. Aus diesem Grunde war auch der 1869 nochmals gemachte Versuch gescheitert, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf das gesamte Bürgerliche Recht zu erweitern[6]. Erst nach der Reichsgründung 1871 wurde die Zeit politisch reif für die Schaffung der deutschen Rechtseinheit auf dem Gebiet des Obligationen[7]- und seit dem Gesetz vom 20. September 1873[8] des gesamten

---

1) Vgl. Getz und Hedemann,a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey,S.43,FN 4.

2) Einschließlich Wechselrecht.

3) Es war vergeblich versucht worden, eine Gesetzgebungskompetenz für das gesamte Bürgerliche Recht zu erreichen (Getz, S. 155 ff).

4) Zur Entstehung dieser Vorschrift siehe Getz, S. 154 ff.

5) Getz, S. 156 m.w.N.; vgl. auch die Ausführungen des Bundeskommissars Jakobi und einiger Abgeordneter in der Reichstagssitzung am 20. Mai 1870 bei der ersten Beratung der Aktiennovelle 1870 (Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1057, 1064, 1065).

6) Getz, S. 156 ff.

7) Art. 4 Ziff. 13 RVerf 1871: "Der Beaufsichtigung seitens des Reichs und der Gesetzgebung unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: ... Ziff. 13) die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht ...".

8) Durch dieses Gesetz (Gesetz, betreffend die Abänderung der Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reichs; RGBl. S. 379) erhielt die Ziffer 13 folgende Fassung: "Die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, ...".

bürgerlichen Rechts[1].

Wahrscheinlich aus ähnlichen wie den zuvor dargelegten Ursachen blieb auch der von dem Reichstagsabgeordneten SCHULZE-DELITZSCH, einem der Väter des deutschen Genossenschaftswesens, gemachte Versuch ohne Erfolg, für die nicht auf Erwerb gerichteten Privatvereinigungen ein Bundesgesetz zu schaffen. Mehrmals - zum ersten Mal am 4. Mai 1869[2] - legte dieser im Reichstag einen Entwurf über die privatrechtliche Stellung von Vereinen vor, der anfänglich am Bundesrat und später am Reichstag selbst scheiterte[3]. Der Entwurf bezog sich insbesondere auf die geselligen, künstlerischen, wissenschaftlichen oder sonstigen, gemeinnützigen Zwecken dienenden Vereinigungen, also die heutigen Idealvereine. Ein Erfolg des Entwurfs des Vereinsgesetzes wäre wahrscheinlich für das Recht der Zivil-AG von wesentlicher Bedeutung gewesen[4].

ß) Die im Genossenschaftsgesetz von 1868 erfolgte Regelung der handelsrechtlichen Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

Als einziger Weg zum erstrebten einheitlichen Recht der Zivil-AG blieb die Möglichkeit, das entsprechende Recht über die Handelsgesetzgebung zu schaffen[5]. Diesen Schritt hatte man trotz Bedenken bereits beim GenG des Norddeutschen Bundes

---

1) Getz, S. 160.

2) Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 103, FN.

3) Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 103, FN 134.

4) Vgl. Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 120 f, wo auch die Stellungnahme von Schulze-Delitzsch zum Entwurf eines bayerischen Genossenschaftsgesetzes vom 24. Januar 1868 (siehe dazu Parisius, a.a.O., S. 100 ff) veröffentlicht ist, das eine Einbeziehung der Idealvereine in das Genossenschaftsgesetz vorsah.

5) Vgl. Nußbaum, ZHR 76 (1915), 325, 326 f; Raisch, Voraussetzungen, S. 216.

vom 4. Juli 1868[1] unternommen, das weitgehend auf dem preußischen GenG vom 27. März 1867[2] beruhte. Dieses Gesetz war stark von SCHULZE-DELITZSCH beeinflußt worden, der seit 1861 Mitglied des preußischen Abgeordnetenhauses war. Für seine Bemühungen war es ausschlaggebend gewesen, daß die nach den partikularen Rechten (ALR, gemeines-römisches Recht, usw.) bestehenden Rechtsformen den wirtschaftlichen Bedürfnissen der seit den Jahren 1848/1849 entstehenden Genossenschaften[3] nicht entsprachen[4]. Dadurch wurde SCHULZE-DELITZSCH nach Einführung des ADHGB in Preußen und den entsprechenden Änderungen des Gesellschaftsrechts bewogen, am 10. März 1863 einen von ihm ausgearbeiteten Entwurf über die Genossenschaft einzubringen.

Nach dem Entwurf konnten die Genossenschaften als besondere Gesellschaftsart durch Eintragung in ein als Sonderteil des Handelsregisters zu führendes Genossenschaftsregister die gleiche rechtliche Stellung wie die Handelsgesellschaften erwerben[5]. Dadurch sollten ihnen die im ADHGB den Handelsgesellschaften zuerkannten "großen Vorteile" gesichert werden, wobei gleichzeitig eine Anpassung an die besonderen Verhältnisse der Genossenschaften erstrebt wurde[6].

Der Entwurf von SCHULZE-DELITZSCH diente der vom Abgeordnetenhaus

---

1) Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 (BGBl. 1868 S. 415).

2) Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 27. März 1867 (PrGS 1867, S. 501).

3) Vgl. zur Entwicklung der preußischen und der deutschen Genossenschaftsbewegung Parisius-Crüger, GenG, Einleitung I; v. Sicherer, S. 1 ff; Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 1 ff mit vielen Einzelheiten.

4) Parisius-Crüger, GenG, Einleitung II, am Anfang; v. Sicherer, S. 32 ff, 44 ff; Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 85 ff.

5) Vgl. Parisius-Crüger, GenG, Einleitung II, S. 7.

6) Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 89.

eingesetzten Kommission als Grundlage und wurde nur in wenigen Punkten verbessert, so daß im Frühjahr 1867 die preußische Genossenschaftsgesetzgebung abgeschlossen wurde. Es zeigte sich bald, daß der Weg, die eingetragene Genossenschaft einer Handelsgesellschaft weitgehend gleichzustellen, zu einer großen Verstärkung ihrer Stellung im Rechtsverkehr führte. Die Anlehnung an das ADHGB hatte einen bedeutsamen Aufschwung des Genossenschaftswesens in Preußen zur Folge. Die Genossenschaften waren zu "wirtschaftlich selbständigen Verkehrswesen"[1] geworden.

Die Anlehnung an das Recht der Handelsgesellschaften kam insbesondere in § 10 III prGenG 1867 zum Ausdruck, der in ausdrücklicher Anlehnung an Art. 5 I ADHGB[2] lautete:

> "Die in Betreff der Kaufleute im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch und in dem Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861 ... gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Genossenschaften, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält".

Man wußte, daß die Genossenschaften keine Handelsgesellschaften und damit an sich keine Kaufleute sind. Dennoch hatte man diese Fassung gewählt, um der Genossenschaft in allen preußischen Landesteilen mit ihren verschiedenen Privatrechtssystemen im Rechtsverkehr eine gleichmäßige rechtliche Beurteilung zu sichern[3].

Wiederum auf Antrag von SCHULZE-DELITZSCH vom 16. April 1868 befaßte sich der Norddeutsche Reichstag mit der Genossenschaftsgesetzgebung. Bedenken gegen die Bundesgesetzgebungskompetenz räumte er aus, indem er vorbrachte, die Genossenschaften schlössen die in Art. 4 Ziff. 1, 2, 4 Verf. Norddt. Bund aufgeführten Materien (Gewerbebetrieb, Handelsgesetzgebung, Bankwesen) gleichmäßig

---

1) Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 115.

2) Vgl. Motive zum prGenG 1867, ausschnittsweise abgedruckt bei Parisius, prGenG, S. 51 f, und Genossenschaftsgesetze, S. 259.

3) Vgl. Motive zum prGenG 1867, a.a.O.; Parisius-Crüger GenG, § 17, Anm. 17.

ein[1]. Dieses Vorbringen war zwar angesichts des Wesens der Genossenschaft als einer Vereinigung zum Zwecke der Förderung der Genossen untereinander[2] keineswegs unzweifelhaft[3], wurde aber hingenommen. Grundlage für die Arbeit der vom Reichstag eingesetzten Kommission wurde das preußische GenG von 1867, dessen Übernahme viele außerpreußischen Genossenschaften wünschten[4]. Man änderte an diesem Gesetz das, was von spezifisch preußischen Verhältnissen her geprägt war, und fügte nur wirklich Notwendiges hinzu[5]. Das bedeutete, daß man an der Gleichstellung mit den Handelsgesellschaften des ADHGB festhielt.

Man faßte allerdings den Wortlaut des § 10 III prGenG 1867 neu, um klarzustellen, daß auch die in den einzelnen Einführungsgesetzen der verschiedenen Bundesstaaten zum ADHGB erlassenen Kaufmannsvorschriften Anwendung finden sollen. Eine inhaltliche Änderung von § 10 III pr GenG 1867 war allerdings nicht beabsichtigt[6]. Der dieser Vorschrift entsprechende § 11 III GenG 1868, dessen Wortlaut sich wiederum auf die Art. 174 I, 208 I ADHGB i.d.F. der Aktiennovelle 1870 auswirken sollte[7], lautete:

> "Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält".

Im Reichstag aufkommenden Bedenken, daß die Finanzbehörden aus der neuen Fassung ein Recht folgern würden, die Genossenschaft zur Gewerbesteuer (Handelsklassensteuer) heran-

---

1) Siehe die Nachweise bei Nußbaum, ZHR 76 (1915) 325, 326 FN 5.

2) Vgl. **§ 1 GenG.**

3) Vgl. Nußbaum, a.a.O.

4) So im schriftlichen Bericht des Referenten Becker an den Reichstag, ausschnittsweise abgedruckt bei Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 97.

5) Vgl. den schriftlichen Bericht des Ausschußreferenten Becker (a.a.O.) an das preußische Abgeordnetenhaus.

6) Parisius, GenG 1868, § 11, FN 25 (S.11) und Genossenschaftsgesetze, § 11 GenG 1868, Anm. I c (S. 260).

7) Vgl. Motive zur Aktiennovelle 1870, S. 658.

zuziehen, setzte der Bundesbevollmächtigte Dr. PAPE entgegen, eine solche Gefahr sei "auch nur entfernt" nicht gegeben[1]. Mit der in § 11 III GenG 1868 erfolgten weitgehenden Angleichung von Nichthandelsgesellschaften an das Gesellschafts- und Kaufmannsrecht des ADHGB war damit zum ersten Mal im Norddeutschen Bund erfolgreich der Weg zu einer bundeseinheitlichen Regelung beschritten worden. Das wurde angesichts der positiven Auswirkungen auf die Entwicklung des Genossenschaftswesens auch vielfach anerkannt[2].

γ) Die Befreiung der Zivil-AG vom Konzessionssystem

Beim Gesetzgebungsverfahren zur Aktiennovelle von 1870 stand die Umstellung des Rechts der Handels-AG vom Konzessionssystem auf das System der Normativbedingungen im Vordergrund des Interesses. Sie wurde allgemein als der Schwerpunkt der Novellierung angesehen[3]. Dennoch wurde bemerkt, daß diese der Handels-AG zugedachte "Wohltat"[4] der Befreiung von der staatlichen Genehmigung bei Errichtung der Gesellschaft auch der Zivil-AG zuerkannt werden müßte[5]. Die entsprechende Erkenntnis beruhte einmal darauf, daß SCHULZE-DELITZSCH dem Idealverein bei seinem wiederholt vorgebrachten Gesetzesvorschlag[6] die Rechts- und Vermögensfähigkeit unabhängig von einer Staatskonzession hatte verschaffen wollen[7]. Zum

---

1) Reichstagsverhandlungen 1868, Stenographische Berichte, S. 585; Parisius, GenG 1868, § 11, FN 25 (S. 11), und Genossenschaftsgesetze, § 11 GenG 1868, Anm. I c a.E. (S. 260).

2) Vgl. z.B. Renaud, 2. Aufl., S. 201; Endemann, Aktiengesellschaften, S. 96 ff.

3) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 41; Endemann, Novelle 1870, S. 21; v. Hahn, Vorbemerkungen II vor Art. 174, Anm. § 5; Art. 208, Anm. § 8; Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen V, 574, 624.

4) Ring, Art. 208, Anm. 1.

5) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 56; Ring, Art. 208, Anm. 1

6) Siehe oben, S. 101.

7) Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 120 f.

anderen war in § 5 GenG 1868 bestimmt worden, die Genossenschaft erwerbe die ihr nach dem GenG zustehende Stellung mit der bloßen Eintragung im Genossenschaftsregister[1].

Um bei dieser Sachlage auch im Recht der Zivil-AG die erstrebte Rechtseinheit und die Befreiung von der staatlichen Gründungsgenehmigung zu erreichen, sowie um die Novellierung auch hinsichtlich der Zivil-AG durchsetzen zu können, mußte ähnlich wie bei der Genossenschaft der Weg einer Angleichung an das Recht des ADHGB über die Handels-AG beschritten werden. Dies war in zweifacher Weise möglich. Man konnte entweder in einem in das ADHGB einzufügenden Artikel den Titel "Von der Aktiengesellschaft" (Art. 207 ff ADHGB) auf die Zivil-AG für anwendbar erklären, allerdings ohne die bezüglich der Kaufleute gegebenen, auch für die Handels-AG maßgebenden Bestimmungen (Art. 5 I ADHGB) gelten zu lassen. Oder man mußte auch die Zivil-AG schlechtweg als Handelsgesellschaft behandeln[2]. Der Gesetzgeber entschied sich für den zweiten Weg.

δ) Das Problem der erwerbswirtschaftlichen Zivilaktiengesellschaften

Ausschlaggebend für die Entscheidung der Gleichstellung der Zivil-AG mit der Handels-AG war zunächst, daß man sich bereits bei der Genossenschaft für eine Anwendung des Kaufmannsrechts entschieden hatte[3]. Die für die Schaffung von § 11 II GenG 1868 (§ 10 III prGenG 1867) maßgebenden Erwägungen ließen es angebracht erscheinen, bei der Zivil-AG den gleichen Schritt zu unternehmen[4].

---

1) Ebenso § 5 prGenG 1867.

2) Vgl. zu beiden Möglichkeiten Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 56; Endemann, Novelle 1870, S. 10; Renaud, 2. Aufl., S. 210.

3) Motive zur Aktiennovelle 1870, S. 658.

4) Renaud, 2. Aufl., S. 201; Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen V, 574, 624; Zimmermann, Buschs A XX, 406, 420; Endemann, Novelle 1870, Art. 5 Ad 2 (S. 25).

Zum anderen war für das Verhalten des Gesetzgebers von großer Wichtigkeit, daß zu den Zivilaktiengesellschaften nicht nur Gesellschaften mit nichtkaufmännischer Ausrichtung, sondern auch viele Erwerbsgesellschaften gehörten. Das beruhte darauf, daß nur die Vornahme der in den Art. 271 f ADHGB - den Vorläufern von § 1 II HGB - behandelten Handelsgeschäfte jemanden dem Sonderrecht der Kaufleute unterwerfen konnte[1]. Eine dem heutigen § 2 entsprechende Vorschrift gab es nicht. Daher unterstanden alle Erwerbsaktiengesellschaften, die keines der Handelsgeschäfte des Art. 271 ADHGB zum Unternehmensgegenstand hatten, nicht dem ADHGB. Zu diesen Gesellschaften zählten insbesondere diejenigen, welche die Urproduktion (Bergbau- und Hüttenbetriebe, Steinbruchunternehmen usw.) betrieben. Die Bergwerks- und Hüttengesellschaften bildeten jedoch den wesentlichen Teil, wenn nicht gar die überwiegende Zahl aller damals in Preußen bestehenden Aktiengesellschaften[2]. Alle diese Erwerbszivilaktiengesellschaften waren wie die Handelsaktiengesellschaften Spekulationsunternehmen und betrieben ihre Geschäfte nach merkantilen Grundsätzen sowie in kaufmännischen Formen[3]. Nur zählten sie nicht zu den Handelsaktiengesellschaften.

Dieser Zustand wirkte sich hinderlich auf die Entwicklung der Zivilaktiengesellschaften mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung aus und wurde allgemein als mißlich empfunden[4]. Sie waren von der Anwendung des Kaufmannsrechts des ADHGB ausgeschlossen, das eine weitgehende, bundeseinheitliche Ordnung des allgemeinen Verkehrsrechts enthielt. Man hatte nämlich wegen der Zersplitterung des Bürgerlichen Rechts die Grenzlinie wesentlich weiter

---

1) Vgl. Art. 4 ADHGB: "Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt".

2) So die Angaben des Bundeskommissars Jakobi in der Reichstagssitzung am 20.Mai 1870 bei der 1.Beratung der Aktiennovelle 1870 (Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1071-1072).

3) Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen V, 574, 624.

4) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 56, 62 f; Gareis,a.a.O.; Renaud, 2. Aufl., S. 200 f.

gezogen, als es einem Handelsgesetzbuch eigentlich zukam[1]. So enthielten die Art. 278-359 ADHGB im Gegensatz zum HGB, das zum großen Teil nur noch das BGB ergänzende Vorschriften im 3. Buch über die Handelsgeschäfte und den Handelskauf enthält, allgemeine Bestimmungen über das Zustandekommen von Verträgen, Stellvertretung, Erfüllung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung usw. und insbesondere eingehende Regelungen des Kaufvertragsrechts als dem wichtigsten Verkehrsgeschäft.

Um an den Vorteilen teilzunehmen, welche das ADHGB bot und die man mit großem Erfolg in der Praxis in § 11 III GenG 1868 den Genossenschaften zugestanden hatte, war eine große Zahl der Bergwerks- und Hüttenaktiengesellschaften dazu übergegangen, in ihre Satzungen Bestimmungen aufzunehmen, die sie zu Handelsaktiengesellschaften stempeln sollten. Man schrieb z.B., damit den Anforderungen des Art. 271 Ziff. 1 ADHGB - dem Vorgänger von § 11 I Ziff. 1 HGB - Genüge getan wurde, in das Gesellschaftsstatut, die Gesellschaft sei befugt, nicht nur selbstgewonnene, sondern auch angekaufte Metalle zu verarbeiten[2]. Da jedoch meist keine fremden Materialien zur Verarbeitung angekauft wurden oder entsprechende Feststellungen für Außenstehende nur schwerlich durchzuführen waren, ergab sich das Problem, ob die Satzung oder der tatsächliche Geschäftsbetrieb maßgebend für die Charakterisierung als Handels- oder Zivil-AG war[3]. Das führte zu einer starken Rechtsunsicherheit, da z.B. von der Entscheidung dieser Frage die Rechtsnatur und vor allem die Anwendung der Vorschriften im Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten sowie zu ihren Arbeitnehmern abhingen. Um den gebotenen Verkehrsschutz und die Rechtssicherheit zu gewährleisten, sah man bei den beteiligten Bundesregierungen

---

1) H. Lehmann, S. 17.

2) Vgl. die entsprechenden Ausführungen des Bundeskommissars Jakobi in der Reichstagssitzung am 20. Mai 1870 (Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S.1071).

3) Bundeskommissar Jakobi, a.a.O., S. 1057, 1071 f.

als "Ausweg" nur die Möglichkeit, die Zivilaktiengesellschaften insgesamt zu Handelsgesellschaften und damit zu Kaufleuten zu machen[1]. Dies erschien als die einzig vertretbare Lösung.

ε) Die Eintragung der Zivilaktiengesellschaften in das Handelsregister

Zur Einbeziehung aller Zivilaktiengesellschaften in das Handelsrecht wurde man auch dadurch bestärkt, daß man nur so einen Eingriff in das Wesen des Handelsregisters als eines Registers der Kaufleute und der Handelsgesellschaften vermeiden zu können glaubte[2]. Zudem hatte sich besonders bei den Erwerbszivilaktiengesellschaften gezeigt, daß die fehlende Eintragung in ein gerichtliches Register in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führte[3].

Der bayerische Weg, für die Zivilaktiengesellschaften, ähnlich wie im Genossenschaftsrecht, ein eigenes Register einzuführen[4], schien bei den Erwerbszivilaktiengesellschaften nicht gangbar. Denn damit war noch keine Anwendung des Kaufmannsrechts erreicht. Selbst wenn bei den eben aufgezeigten Zweifelsfällen auf Grund von Satzungsbestimmungen eine Eintragung in das Handelsregister erreicht werden konnte, tauchte die Frage auf, ob der erkennende Richter, der an die Eintragung nicht gebunden war, sich daran halten und das ADHGB anwenden würde[5]. Um daher den Unsicherheiten in jeder Hinsicht zu entgehen und der Korrektheit zu genügen, daß das Handelsregister allein für den Handelsstand bestimmt[6] und

---

1) Bundeskommissar Jakobi, a.a.O., S. 1072.

2) Renaud, 2. Aufl., S. 201 f; Zimmermann, Buschs A XX, 406, 418.

3) Vgl. dazu im einzelnen Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 59 ff.

4) Siehe oben, S. 95.

5) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 61.

6) Keyssner, a.a.O., S. 59.

nur vom Standpunkt der weitverzweigten Verbindung kommerzieller Art zu rechtfertigen sei[1], war es wiederum allein durch die Ausdehnung des Begriffs der Handelsgesellschaft bei der AG möglich, eine dogmatisch vertretbare und für die Rechtssicherheit sorgende Lösung zu erreichen[2]. Dabei konnte man sich im übrigen auf die Stimmen in der Literatur berufen, die jede AG - gleichgültig, was sie betreibt - als Handelsgesellschaft ansahen[3].

ζ) Zusammenfassung

Die aufgeführten Erwägungen des Gesetzgebers sind komprimiert in den Motiven zur Aktiennovelle von 1870 niedergelegt, die an Stelle einer eigenen Zusammenfassung und wegen ihrer Wichtigkeit zitiert werden. Hinzu kommt, daß der heutige Gesetzeszustand über die Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG auf dieser Aktiennovelle beruht. Es heißt in den **Motiven**[4]:

> "... Es kann allerdings bedenklich erscheinen, eine Gesellschaft als zu den Kaufleuten gehörig anzusehen, wenn ein Handels-Unternehmen nicht vorliegt und in einem solchen Fall sodann insbesondere die Vorschriften über Handelsbücher, über Prokura, über Handelsgeschäfte, Zinsen, Pfandrechte etc. auf dieselben zur Anwendung zu bringen. Demgegenüber greifen jedoch die Erwägungen durch, welche bei Erlaß des Gesetzes über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 ... dazu geführt haben, diese Genossenschaften ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand ihres Unternehmens in Handelsgeschäften besteht oder nicht, als Kaufleute gelten zu lassen (§ 11 a.a.O.). Namentlich bietet die Unterstellung der fraglichen Gesellschaften unter die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen den Vorteil dar, daß

---

1) Vgl. Schulze-Delitzsch in der Reichstagssitzung am 20. Mai 1870 (Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1058).

2) Vgl. Motive zur Aktiennovelle 1870, S. 658.

3) Siehe oben, S. 90; vgl. dazu auch Zimmermann, Buschs A XX, 406, 420.

4) Motive zur Aktiennovelle 1870, S. 658.

ein Eingriff in das Wesen des Handelsregisters vermieden, und, da in vielfachen Fällen die Natur des Gegenstandes des Unternehmens einer derartigen Gesellschaft zweifelhaft bleiben kann ..., die Rechtssicherheit befestigt wird. Oft ist die Frage nicht leicht zu finden und die sich bildenden Aktiengesellschaften mischen schon jetzt mitunter Einzelheiten in die Zweckbestimmung ein, welche den Charakter von Handelsgeschäften haben, bloß um die Behandlung nach dem Handelsgesetzbuch zu erlangen. Hinzu kommt noch, daß beachtenswerte Stimmen sich dafür aussprechen, daß jede Aktienverbindung, welches auch ihr Zweck sein möge, als Handels-Gesellschaft angesehen werden müsse ... Das Zusammenbringen des Kapitals geschieht überall auf eine besondere, ursprünglich für Handelsunternehmen gebräuchliche Art und auch die besonderen Rechtsfolgen und Einrichtungen, welche sich hieran von selbst knüpfen, stellen derartige Unternehmungen in die Kategorie der Handels-Associationen. Ein sehr großer Teil der nicht handelstreibenden Aktiengesellschaften besteht aus Berg- und Hüttengesellschaften, welche entschieden einen industriellen Charakter tragen".

bb) Die Behandlung der Novelle durch den Reichstag des Norddeutschen Bundes

Trotz der eingehenden Regierungsbegründung, die in den Motiven niedergelegt und bei der 1. Beratung der Aktiennovelle 1870 im Norddeutschen Reichstag am 20. Mai 1870 von Bundeskommissar JAKOBI näher erläutert wurde[1], entwickelte sich über die Frage der Unterstellung der Zivil-AG unter das Kaufmanns- und Handelsgesellschaftsrecht eine lange und lebhafte Debatte. Der Abgeordnete SCHULZE-DELITZSCH wandte sich dagegen[2], daß auch diejenigen Zivilaktiengesellschaften, welche wesensmäßig

---

1) Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1057.

2) Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1057; siehe auch die Ausführungen von Schulze-Delitzsch gegen den 1. Entwurf des Bayerischen Genossenschaftsgesetzes vom 24. Januar 1968, wiedergegeben bei Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 121 (vgl. oben, S. 101, FN 4).

mit Handel nichts zu tun hätten, unter das Handelsrecht gestellt würden. Dem Übelstand bei den Erwerbszivilaktiengesellschaften müsse man durch entsprechende Änderungen der ADHGB-Vorschriften abhelfen. Ähnliche Ziele verfolgte der Abgeordnete MIQUEL[1) 2)]. Er trug vor, wenn oft bei den Erwerbsaktiengesellschaften schwierig zu unterscheiden sei, ob sie eine Handels- oder Zivil-AG darstellten, so sei das eine immanente Folge der Abgrenzung des Handels- vom Zivilrecht. Wenn man die Feststellung nicht mehr treffen wolle, welche Sache eine Handelssache sei, brauche man auch kein Handelsgesetzbuch, das bestimmte Rechte und Pflichten aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht herausnehme und zu einem besonderen System mache. Die Lösung des Problems der Zivil-AG müsse wie bei der Genossenschaft in einem Spezialgesetz für alle diejenigen Zivilaktiengesellschaften erfolgen, welche keine Erwerbszwecke verfolgten.

Gegen die Vorschläge von SCHULZE-DELITZSCH und MIQUEL wandte sich Bundeskommissar JAKOBI[3)]. Er führte aus, das Problem der Erwerbszivil-AG zwinge aus Gründen der Rechtssicherheit die Einverleibung jeder Zivil-AG in das ADHGB. Gegenüber den Bergwerksaktiengesellschaften fielen die echten Zivilaktiengesellschaften zahlenmäßig kaum ins Gewicht[4)]. Außerdem könne man keine Trennung bei den Zivilaktiengesellschaften vornehmen. Auf alle Fälle und besondere Möglichkeiten Rücksicht zu nehmen, sei nur bei der bisherigen Staatsgenehmigung möglich, die man

---

1) Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1071, 1072.

2) Miquel war seit 1867 neben Lasker der Hauptkämpfer für eine Bundesgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des gesamten bürgerlichen Rechts (vgl. Getz, S. 155-157).

3) Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1071, 1072.

4) Vgl. auch Zimmermann, Buschs A XX, 406, 420.

aber gerade abschaffen wolle. Schließlich seien die Aktiengesellschaften zuerst auf dem Gebiet des Handelsrechts entstanden, so daß auch die Zivil-AG dort letztlich ihre Wurzeln habe.

Diesem Vorbringen trat der Abgeordnete SOMBART bei[1], welcher die Einbeziehung der Zivil-AG in das ADHGB ausdrücklich begrüßte. Dadurch werde endlich dem Bedürfnis Genüge getan, die landwirtschaftlichen Nebenbetriebe (Brennereien, Zucker- und Stärkefabriken usw.) als AG betreiben zu können und zugleich am einheitlichen Verkehrsrecht des ADHGB teilzunehmen. Dazu habe das GenG von 1868 nicht ausgereicht. Diese Haltung der landwirtschaftlichen Kreise ist damit zu erklären, daß die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe keine der in Art. 271 ADHGB enumerierten Handelsgeschäfte vornahmen und deshalb nur dann dem Handelsrecht unterstanden, sofern sie auch Erzeugnisse aus fremder Produktion anschafften und in ihren Nebenbetrieben verarbeiteten[2]. Eine dem § 3 II HGB entsprechende Vorschrift fehlte im ADHGB[3].

In der 3. Beratung am 24. Mai 1870 wurde ungeachtet des in der 1. Beratung geäußerten Widerspruchs die volle Unterstellung aller Zivilaktiengesellschaften unter das Handelsrecht vom Reichstag angenommen. Dabei war mitentscheidend, daß im Vordergrund des Interesses die Aufhebung des Konzessionssystems stand, um die man bei der Handels-AG jahrelang nachgekommen war[4]. Zudem stand man bei der Behandlung der Novelle im

---

1) Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1073.

2) Vgl. Raisch, Voraussetzungen, S. 220 f.

3) Vgl. die ähnliche Situation der Bergwerks- und Hüttenaktiengesellschaften, für die eine dem § 2 HGB entsprechende Regelung fehlte (siehe oben, S. 106 ff).

4) Vgl. Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 38 ff.

Reichstag unter Zeitdruck[1] und wollte deren Zustandekommen nicht gefährden[2]. Die Freude über das trotz der knappen Zeit für die Behandlung des Gesetzentwurfs erreichte Ziel des Endes des Konzessionssystems ließ vieles, was sonst noch in der Aktiennovelle von 1870 stand, in den Hintergrund treten[3]. Man nahm manchen "minder glücklichen Satz" in der Novelle in Kauf[4].

Der Zeitmangel, der zu einem bemerkenswert kurzen Gesetzesverfahren im Reichstag führte[5], beruhte darauf, daß der Kanzler des Norddeutschen Bundes erst mit Schreiben vom 10. Mai 1870 dem Reichstag den Entwurf der Aktiennovelle 1870 nebst Motiven[6] zusandte[7]. Der Reichstag fand keine Zeit mehr für eine eingehende Beratung und Prüfung des Gesetzentwurfs[8]. Die 1. und 2. Beratung wurde in der Sitzung vom 20. Mai 1870 vereint. Am 24. Mai erfolgte die 3. Beratung, so daß am folgenden Tage gerade noch vor dem Ende

---

1) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 41; Endemann, Novelle 1870, S. 19.

2) Vgl. die entsprechenden Ausführungen des Abgeordneten Ackermann in der 3. Beratung der Aktiennovelle 1870 (Reichstagsverhandlungen 1870, Stenographische Berichte, S. 1181).

3) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 41.

4) Endemann, Novelle 1870, S. 19.

5) Vgl. zum folgenden Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 41; v. Hahn, Vorbemerkungen II vor Art. 174, Anm. § 1; Endemann, Novelle 1870, S. 19.

6) Reichstagsverhandlungen 1870, Vierter Band (Anlagen), S. 645-660.

7) Dem Bundesrat hatte die Novelle seit dem 31. Mai 1869 vorgelegen (Zimmermann, Buschs A XX, 406, 408).

8) Deshalb wurde der Entwurf auch nicht - wie es üblich war - einer Reichstagskommission zu einer eingehenden Beratung überwiesen.

der Sitzungsperiode[1] die Schlußabstimmung über den nur geringfügig geänderten Gesetzesentwurf erfolgen konnte. Die Aktiennovelle wurde im Bundesgesetzblatt am 25. Juni 1870 veröffentlicht und trat mit dem 9. Juli 1870 in Kraft.

cc) Die Stellungnahme der Literatur

In der Literatur wurde die Einbeziehung der Zivil-AG in das Handelsrecht teilweise vorbehaltlos ohne Eingehen auf die Problematik[2], in vielen Fällen jedoch - insbesondere in der Spezialliteratur zur Novelle selbst - nicht ohne Bedenken[3] aufgenommen. Zwar begrüßten es die Vertreter der letzten Meinung weitgehend, daß die Erwerbszivil-AG dem Handelsrecht eingegliedert und der entsprechende Mißstand beseitigt wurde[4], doch wurde darauf hingewiesen, daß die schwierige Feststellung, ob ein handelsgewerblicher Geschäftsbetrieb vorliege, auch außerhalb des Aktienrechts vorkomme[5].

---

1) Die Schlußsitzung fand am 26. Mai 1870 statt.

2) Zimmermann, Buschs A XX, 406, 419 ff; Behrend, S. 712 f; Primker, S. 513 f.

3) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 67 ff; Endemann, Novelle 1870, S. 21 ff; Art. 5, Ad. 2 (S. 26 ff); Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 120; Ring, Art.208, Anm. 1; Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen V, 574, 624; R. Koch,Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und ein einheitliches deutsches Recht, VIII, 1, 3.
Unklar Renaud (2.Aufl.), der einerseits für die Unterscheidung der Zivil- von der Handels-AG eintritt (S. 196 ff), andererseits jedoch die Argumente der Motive zur Aktiennovelle 1870 übernimmt (S. 201 f).

4) Gareis, a.a.O.; Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 63,67; Endemann, Novelle 1870, Art. 5, Ad. 2 (S. 26); Parisius, a.a.O.

5) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 67 f, m.w.N. in FN 16.

Die mit dem ADHGB begonnene und mit der Novelle weiter verfolgte Befreiung von den Fesseln des römischen Gesellschaftsrechts wurde als Fortschritt angesehen. Andererseits wurde die Aushöhlung des Handelsrechts bedauert. Die Konsequenz des ADHGB als eines geschlossenen Gesetzes nur für den Handelsstand sei durch die "Überspannung der Handelsgesetzgebung"[1] aufgegeben worden, so daß ein inkonsequenter Bruch mit der Systematik der Gesetzgebung eingetreten sei[2]. Die Merkwürdigkeit, daß die Novelle die auf einem gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften beruhende Kaufmannseigenschaft trotz Mangels eines solchen Betriebes ausdrücklich an die Zivil-AG verleihe, erscheine wunderlich. Sie werde nur schwach und notdürftig durch die notwendig gewordene Gesetzesfiktion überdeckt[3]. Es sei unerweislich, daß eine solche Gesellschaft, die nur rein äußerlich zu einer Handelsgesellschaft ernannt sei[4], als wirkliche Handelsgesellschaft angesehen werden könne, wenn sie es tatsächlich nicht sei[5]. Deswegen könne die Fiktion, die sowieso nie dem reellen Sachverhalt entspreche und daher leicht willkürliche Auswirkungen verursache, nicht das Unbehagen an der Einbeziehung der fremdartigen, an sich in das allgemeine Zivilrecht gehörenden Vereinigungen in das Handelsrecht beseitigen[6].

Neben dieser allgemeinen Kritik wurde es - zum Teil im Anschluß an die Debatte im Reichstag[7] - für besonders bedenklich gehalten, daß auch die nichterwerbswirtschaftlichen Zivilaktiengesellschaften zu Handelsgesellschaften erklärt

---

1) Nußbaum, ZHR 76 (1915), 325, 326 f.

2) Gareis, a.a.O.; Endemann, Novelle 1870, Art. 5, Ad.2(S.26,28); vgl. auch Ring, Art. 208, Anm. 1.

3) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 68 f; vgl. auch Nußbaum, a.a.O. .

4) R. Koch, a.a.O. .

5) Endemann, a.a.O. .

6) Endemann, Novelle 1870, S. 21 f; Art.5, Ad. 2 (S. 26).

7) Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 120.

worden waren[1]. Diese Problematik als nicht gegeben anzusehen, weil nach der Novelle nur noch handelsgewerbliche, zumindest gewerbliche Aktiengesellschaften zugelassen seien[2], war angesichts der bewußten Einbeziehung a l l e r Zivilaktiengesellschaften in das Handelsrecht nicht angängig[3]. Man sprach teilweise die Hoffnung aus, daß in der Praxis viele Vorschriften des ADHGB wegen ihrer Unangemessenheit nicht angewendet würden und die Behörden sich entsprechend verhielten[4].

Insgesamt wurde aber trotz aller Bedenken auch von den Kritikern der Novelle anerkannt, daß sie für das Recht der Zivil-AG einen Fortschritt bedeutete. Wenn man sich schon zu dem "logisch Richtigen" nicht habe durchringen können - nämlich das Recht dieser Gesellschaften in einem besonderen Gesetz vom Standpunkt des gewöhnlichen bürgerlichen Rechts aus zu regeln -, so habe man die Zivil-AG trotz ihrer Fremdartigkeit in das Handelsrecht "hineinschieben" müssen. Zu diesem Hilfsmittel habe man greifen müssen, damit sie dort die Bedingungen zu ihrer Existenz finde, welche das allgemeine Zivilrecht bisher versage[5]. Allerdings sei durch die "Nothlüge" der erforderlich gewordenen Fiktion eine Antwort nur auf Zeit, nicht auf Dauer gegeben[6]. Wegen der Aussicht auf eine Gesetzesänderung zu gegebener Zeit sei der Mißstand der an sich unberechtigten Ausdehnung des Handelsrechts als weniger schroff

---

1) Endemann, Novelle 1870, S. 21 ff; Art.5, Ad. 2 (S. 26); Art. 207 a, Anm. 2 (S. 42 ff); Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 120 ff m.w.N. aus den Schriften von Schulze-Delitzsch; vgl. auch Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 65.

2) So Primker, S. 513 f, FN 16.

3) Vgl. Zimmermann, Buschs A XX, 406, 420 f.

4) Endemann, Novelle 1870, Art. 5, Ad. 2 (S. 26 f).

5) Endemann, Novelle 1870, Art. 5, Ad. 2 (S. 26).

6) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 68.

anzusehen. Zudem sei zu bedenken, daß wegen des fehlenden allgemeinen und zeitgemäßen Zivilrechts das Handelsrecht dazu bestimmt scheine, "die modernen Institutionen des Verkehrsrechts überhaupt, provisorisch wenigstens in sich aufzunehmen und einstweilen zu beherbergen"[1].

dd) Der Umfang der Unterstellung der Zivil-AG unter das Kaufmannsrecht

Neben der Gesetzeskritik beschäftigte man sich in der Spezialliteratur mit der Frage, welchen Umfang die Unterstellung der Zivil-AG unter das Kaufmannsrecht nach Art. 5 I ADHGB besaß. Angesichts der Aussagen des Gesetzgebers[2], des Wortlauts und der Stellung im Gesetz kam man allgemein zu dem Ergebnis, daß ebenso wie bei der Handels-AG auch auf die Zivil-AG sämtliche Vorschriften des für die Einzelkaufleute geschaffenen Kaufmannsrechts Anwendung fänden[3]. Es bestehe daher zwischen ihnen grundsätzlich kein Unterschied mehr[4]. Der bloße Zusammenschluß zur AG habe bereits die Kaufmannseigenschaft zur Folge[5].

Bezüglich des Art. 10 II ADHGB - dem Vorläufer der §§ 4 II, 6 II HGB - wurde allerdings von einer Mindermeinung die Auffassung vertreten, bestimmte Zivilaktiengesellschaften dürften nur als Klein- oder Minderkaufleute nach Art. 10 I ADHGB - dem Vorläufer von § 4 I HGB - angesehen werden. Denn bei Schaffung von Art. 10 II ADHGB habe man nicht die Erweiterung des Begriffs der Handelsgesellschaft durch die Aktien-

---

1) Gareis, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen V, 574, 624.

2) Siehe die Motive zur Aktiennovelle 1870 (oben, S. 110 f).

3) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 68; v. Hahn, Art.5, Anm. § 3; Vorbemerkung II vor Art. 174, Anm. §§ 7-9; Endemann, Novelle 1870, Art. 5, Ad. 2 (S. 26); Endemann, Aktiengesellschaften, S. 12 f; Parisius, Genossenschaftsgesetze, S. 120; Zimmermann, Buschs A XX, 406, 420; Renaud, 2. Aufl., S. 202; Anschütz-v. Völderndorff, Art. 208, Anm.1; Ring, Art. 208, Anm. 1; Behrend, S. 712 f.

4) Parisius, a.a.O.; Renaud, a.a.O.

5) Ring, Art. 208, Anm. 1.

novelle 1870 vermuten können[1]. Die h.M. lehnte diese Lehre ab[2]. Aus Art. 10 II ADHGB, nach welchem die Vereinigung zum Betrieb eines nach Art. 10 I ADHGB als Kleinhandel gekennzeichneten Gewerbes nicht als Handelsgesellschaft anzusehen war, folge eindeutig, daß alle die Zusammenschlüsse nie Kleinkaufleute sein könnten, welche schlechthin zu Handelsgesellschaften erklärt worden seien. Das sei aber bei allen Zivilaktiengesellschaften seit 1870 der Fall. Es wurde also herrschend davon ausgegangen, daß auch die Zivil-AG voll dem Recht der Kaufleute (Art. 5 I ADHGB), und zwar dem der Vollkaufleute (Art. 10 II ADHGB) unterlag.

Diese volle Unterstellung der Zivil-AG unter das Handelsrecht bedeutete, daß ihr Personal als Handlungsgehilfen anzusehen war (Art.57 ff ADHGB).Die Zivil-AG konnte Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte ernennen (Art. 41 ff, 47 ff ADHGB). Sie unterlag den Vorschriften über die Handelsfirmen und Handelsbücher (Art. 15 ff, 28 ff ADHGB). Schwierigkeiten bereitete allerdings die Anwendung des 4. Buches des ADHGB[3] (Von den Handelsgeschäften; Art. 271 ff), "in denen das Gesetzbuch vom Kaufmann in bezug auf sein Handelsgewerbe redete"[4]. Kaufmann sein hieß nach Art. 4 ADHGB, gewerbsmäßig Handelsgeschäfte (Art. 271 f ADHGB) zu treiben[5]. Ein solches Betreiben von Handelsgeschäften entfiel bei einer Zivil-AG. Jedoch verlangten die Intentionen des Gesetzgebers und die Folgerungen aus den Art. 5 I, 174 I, 207 I, 208 I ADHGB, daß bei ihr dennoch die Anwendung des Handelsrechts auch ohne Betreiben von Handelsgeschäften erfolge. Man schlug daher vor[6], anstelle

---

1) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 68,FN 18; Keyssner, ADHGB, Art. 10, Anm. 2.

2) Ring, Art. 208, Anm. 2 (m.w.N.); v. Hahn, Art.10, Anm. § 6.

3) Endemann, Novelle 1870, Art. 5,Ad. 2 (S.27); v. Hahn, Art. 5, Anm. § 3, FN 4; Vorbemerkung II vor Art. 278.

4) Vgl. v. Hahn und Endemann, a.a.O.

5) Siehe dazu v. Hahn, Art. 4, Anm. § 2.

6) Endemann, a.a.O.; v. Hahn, Art. 5, Anm. § 3, FN 4.

des Wortlauts in den Art. 273 ff ADHGB "in ihrem Handelsbetrieb" oder "welche zum Betrieb seines Handelsgeschäfts gehören" für die Zivil-AG "in ihrem Geschäftsbetrieb" oder "welche zu ihrem Geschäft gehören" zu setzen. Andere[1] sprachen von einem "fingierten Handelsbetrieb".

Die Konsequenzen bei der Anwendung der Art. 273 ff ADHGB wurden teilweise als "überraschend" angesehen[2], wie folgendes Beispiel zeigt:

> "Eine Braunkohlenaktiengesellschaft, welche die geförderten Kohlen an einen Konsumenten verkauft, schließt ein Handelsgeschäft; der gleiche Vertrag zwischen einem einzelnen oder vereinigten mehreren Produzenten und von Konsumenten kann zur Eigenschaft als Handelsgeschäft nicht gelangen"[3].

Selbst der An- und Verkauf von Immobilien, der nach Art. 275 ADHGB kein Handelsgeschäft darstellte, war nach einigen Kommentatoren[4] bei einer AG als Handelsgeschäft anzusehen. Das ROHG[5] vertrat dagegen die Meinung, daß die Grenze von Art. 5 I ADHGB dort liege, wo - wie in Art. 275 ADHGB - das ADHGB etwas ausdrücklich vom Handelsrecht ausnehme. Deshalb seien die "Grundgeschäfte" (An- und Verkauf der Immobilien) keine Handelsgeschäfte und unterstünden nicht dem ADHGB. Das sei nur bezüglich der "sonstigen Geschäfte" der Fall.

Eine Übertragung der Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG auf andere Rechtsgebiete als das Handelsrecht

---

1) ROHG XXII, 326, 327; vgl. auch Anschütz-v. Völderndorff, Art. 208, Anm. I, FN 3; Keyssner, ADHGB, Art. 5, Anm. § 1.

2) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 69, FN 21.

3) Keyssner, a.a.O.; vgl. zu dieser "unbefriedigenden Rechtslage" auch die Denkschrift zum HGB I, S. 9 und die Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 193.

4) Z.B. Endemann, Aktiengesellschaften, S. 13, FN 25.

5) ROHG XXII, 326 ff; zustimmend Anschütz-v. Völderndorff, Art. 208, Anm. I, FN 3 (m.w.N.); Ring, Art. 208, Anm. 1.

lehnte man ab[1]. So wurde bei den gewerbepolizeilichen Vorschriften[2] und - was bereits bei § 11 III GenG 1868 eine Rolle gespielt hatte[3] - insbesondere bei den gewerbesteuerlichen Bestimmungen [4] davon abgesehen, aus Art. 5 I ADHGB Folgerungen zu ziehen.

ee) Zusammenfassung

Insgesamt ist bei der Betrachtung der Aktiennovelle 1870 festzustellen, daß eine Abkehr von der vorherigen gesetzlichen Entwicklung der Zweiteilung in die Handels- und die Zivil-AG erfolgte. Beide wurden dem Handelsgesellschafts- und Kaufmannsrecht unterstellt. Dieser Schritt erfolgte allerdings weniger, weil die vorherige Lage als falsch und als der Trennung des allgemeinen bürgerlichen Rechts vom Handelsrecht widersprechend angesehen wurde. Vielmehr waren es Mißstände, welche den Gesetzgeber zum "Ausweg"[5] der Einbeziehung der Zivil-AG in das ADHGB brachten. Diese Mißstände beruhten auf der damaligen Rechts- und Gesetzeslage. Einmal zeigte sich, daß das ADHGB der eingetretenen industriellen und wirtschaftlichen Entwicklung nicht entsprach. Die Beschränkung der Kaufmannseigenschaft auf die Personen, welche gewerbsmäßig Handelsgeschäfte i.S. von Art. 271 f ADHGB betrieben (Art. 4 ADHGB), führte zu Unerträglichkeiten bei den wichtigsten Aktiengesellschaften, den Bergwerks- und Hüttenaktiengesellschaften. Hier mußte der Gesetzgeber seiner Aufgabe nachkommen, die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Geschäftsverkehr dieser Gesellschaften mit dritten Personen zu gewährleisten. Insoweit wertete er den Verkehrsschutz höher als die sonstigen betroffenen Rechtswerte, Interessen und Richtigkeitsgedanken, zumal diese Gesellschaften selbst danach strebten, Handelsgesellschaften zu werden.

---

1) Vgl. Ring, a.a.O., m.w.N..
2) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 69, FN 20.
3) Siehe oben, S. 104 f.
4) PrOVGStS 3, 234, 236; Keyssner, a.a.O..
5) Vgl. oben, S. 109.

Zum anderen erwies es sich als Übelstand, daß es kein bundeseinheitliches Verkehrsrecht außerhalb des ADHGB gab. Die Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des allgemeinen Zivilrechts mit allen damit verbundenen Nachteilen war aus politischen Gründen nur über den Umweg eines Anschlusses an das System des ADHGB zu überwinden. Hinzu kamen die geschilderten Umstände bei der Behandlung der Novelle im Reichstag, die damals keine andere Lösung des Problems der Zivil-AG zuließen. Dabei war man sich allerdings, vor allem angesichts der im Vordergrund des Interesses stehenden Fortschritte (Rechtseinheit; Ende des Konzessionssystems für alle Aktiengesellschaften), nicht aller Folgen hinsichtlich des Rechts der Zivil-AG bewußt.

Den Makel der Novelle, welcher in der Einbeziehung der Zivil-AG in das ADHGB als H a n d e l s gesetzbuch lag und bei der Nichterwerbszivil-AG kaum gerechtfertigt worden war, sah der Gesetzgeber selbst als unangenehm an. Er wurde ebenfalls von einem großen Teil der Literatur vermerkt. Überdies zeigte sich in der Praxis, daß die Leitlinien des Gesetzgebers - nämlich die Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit - doch nicht überall eintreten konnten. Das ROHG mußte daher zu so unsicheren Unterscheidungen wie Grundgeschäften außerhalb des ADHGB und sonstigen Geschäften, die nach dem ADHGB zu beurteilen seien, greifen. Das alles bedeutete, daß man 1870 nur eine Lösung auf Zeit gewollt und gefunden hatte.

c) Die seit der Aktiennovelle 1870 erfolgten gesetzlichen Regelungen

Das Aktienrecht ist seit der Novelle 1870 noch mehrmals, zuletzt 1965, neu geregelt worden. Doch ist es dabei im Grundsatz bei der Regelung des Art. 208 I ADHGB i.d.F. der Novelle von 1870 geblieben, daß auch die Zivil-AG als Handelsgesellschaft zu gelten habe. Überraschenderweise ist dazu bei den einzelnen Gesetzesänderungen kaum etwas ausgesagt worden, geschweige denn, daß sich eine größere Diskussion darüber in den

parlamentarischen Gesetzesgremien oder in der jeweiligen Literatur zu den Gesetzesänderungen ergeben hätte. Sinngemäß ist oft in den Gesetzesmotiven allein der stereotype Satz zu finden: "Die Vorschrift entspricht dem alten Recht". Ähnliches ist über die Einführung des GmbHG im Jahre 1892 und des HGB im Jahre 1900 zu sagen.

Die schlechten Erfahrungen in den Gründerjahren nach 1871 und der Zusammenbruch vieler Aktiengesellschaften unter großen Verlusten für das Anlagepublikum[1] führten zu einer eingehenden Novellierung des Aktienrechts durch das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884[2]. Sie führten zu einer umfassenden Gestaltung des Systems der Normativbedingungen[3]. In der "allgemeinen Begründung" des dem Reichstag vorgelegten Entwurfs der Novelle wurde ausgeführt, daß die AG auch für solche Unternehmungen die geeignete Form bilde[4], "bei welcher nicht ... der Nutzen des Einzelnen als das allgemeine Interesse entscheidend ist; viele Schöpfungen lokaler Natur, wie Theater, Museen, zoologische[5] und botanische Gärten, würden ohne die Form der Aktiengesellschaft nicht haben bestehen können". Es wurde also nunmehr bei der Gesetzgebung anerkannt, daß auch die Nichterwerbszivil-AG zu beachten sei. Doch wurden bereits in der "besonderen Begründung" des Gesetzentwurfes weder diese Gesellschaften noch die Art. 174 I, 208 I ADHGB gesondert angesprochen. Im Bericht der vom Reichstag nach der 1. Beratung eingesetzten Kommission wurde lediglich vermerkt, daß diese Vorschriften nicht verändert würden und dem seit 1870

---

1) Siehe im einzelnen Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, Vorbemerkungen, Rdn. 10; Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, Einleitung, Anm. I 2 b.

2) Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 (RGBl. S. 123).

3) Vgl. im einzelnen Eckardt und Meyer-Landrut, a.a.O.

4) Motive zur Novelle 1884, S. 242.

5) Z.B. die am 14. Februar 1874 gegründete ZOO-AG in Münster (Zoo-Festschrift, S. 48, 50).

geltenden Recht entsprächen[1]. Bei der 2. und 3. Beratung des Reichstages wurde zu den Art. 174 I, 208 I ADHGB das Wort nicht gewünscht, so daß beide Vorschriften unverändert angenommen wurden[2]. Dieses Verhalten war verständlich, da trotz der seit 1873 bestehenden Gesetzgebungskompetenz des Reiches für das gesamte bürgerliche Recht[3] sich an der Rechts- und Gesetzeslage seit 1870 nichts Entscheidendes verändert hatte.

Das Aktienrecht i.d.F. der Novelle von 1884 wurde das Vorbild für das GmbHG von 1892[4], nach dessen § 1 eine GmbH zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden kann. Sie ist auch dann als Handelsgesellschaft anzusehen, wenn sie sich nicht gewerblich betätigt (§ 13 III GmbHG). Beide Vorschriften sollen das gleiche aussagen wie die Art. 174 I, 208 I ADHGB[5]. Im Einklang mit den Motiven zur Aktiennovelle 1884 und im Gegensatz zur Aktiennovelle 1870 wurde das Entstehen der Zivil-GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung nicht als notwendiges, aber nebensächliches Übel in Kauf genommen. Vielmehr wurde es ausdrücklich begrüßt und "als erwünscht betrachtet", daß sich, obwohl die GmbH für Erwerbsunternehmungen geschaffen wurde, andere, namentlich gemeinnützige Verbindungen der neuen, sich in freieren Formen als die AG bewegenden Gesellschaftsform bedienen[6]. Auch diesen Gesellschaften legte § 13 III GmbHG aus den gleichen Gründen, "welche dahin geführt haben, den Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und eingetragenen Genossen-

---

1) Reichstagsverhandlungen 1884, Stenographische Berichte, Vierter Band (Anlagen), S. 1011, 1023, 1031, 1049.

2) Reichstagsverhandlungen 1884, Stenographische Berichte, S. 966, 975, 1153, 1154.

3) Vgl. oben, S. 100 f.

4) Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477).

5) Motive zum GmbHG, S. 3728, 3737; Nußbaum, ZHR 76 (1915), 325, 327; Raisch, Voraussetzungen, S. 216; siehe auch oben, S. 29 ff.

6) Motive zum GmbHG, S. 3728.

schaften die Kaufmannseigenschaft zu verleihen", die Eigenschaft einer Handelsgesellschaft bei[1].

Außerdem wurde die GmbH durch die "ausdrückliche Bezeichnung als Handelsgesellschaft" den im 2. Buch des ADHGB aufgeführten Gesellschaften angereiht[2]. Die mit der Einbeziehung in die Handelsgesellschaften verbundene Verleihung der Kaufmannseigenschaft nach Art. 5 I ADHGB erfolgte also wiederum aus Gründen der Rechtssicherheit, um im Einzelfall keinen Zweifel über das anzuwendende Recht aufkommen zu lassen[3]. Daneben spielte das Fehlen eines Reichsgesetzes über das bürgerliche Recht eine Rolle, obwohl man in der Literatur bei Stellungnahmen zum Entwurf des GmbHG teilweise schon die Vorarbeiten zum BGB einbezog[4]. Im Reichstag und der von ihm eingesetzten Kommission zur Beratung des Entwurfs des GmbHG wurde über §§ 1, 13 III GmbHG bezüglich der Zivil-GmbH nicht weiter debattiert, so daß der Entwurf insoweit ohne Änderungen durchging[5].

Soweit ersichtlich, sprachen sich in der zum Entwurf des GmbHG erschienenen Literatur lediglich GOLDSCHMIDT[6] und BÄHR[7] gegen die "wunderliche Bildung von Pseudohandelsgesellschaften"[8] aus, "was zu nichtssagendem Hokuspokus" führe[9]. GOLDSCHMIDT kritisierte insbesondere, daß nach § 13 III GmbHG, Art. 4 I ADHGB

---

1) Motive zum GmbHG, S. 3737.

2) Motive zum GmbHG, S. 3737.

3) Parisius-Crüger, GmbHG, S. 29 f; § 13, Anm. 3.

4) Vgl. Bähr, S. 9 f; Goldschmidt, S. 345.

5) Reichstagsverhandlungen 1890/92, Stenographische Berichte, S. 4303-4307, 4878 f, 4881 ff (1.-3. Beratung; Stenographische Berichte, Sechster Band (Anlagen), S. 4005 f, 4008, 4014, 4017 (Bericht der Kommission).

6) Goldschmidt, S. 344 ff; zur überragenden Bedeutung von Goldschmidt, siehe unten,S. 135.

7) Bähr, S. 8.

8) Goldschmidt, S. 345.

9) Bähr, a.a.O.,

die "berechtigte Sphäre des Handelsrechts" zugunsten einer "schrankenlosen, völlig unübersehbaren Kommerzialisierung" verlassen werde. Wie 1870 greife man zu dem Hilfsmittel der Fiktion und unterwerfe lediglich um der gewählten Gesellschaftsform willen etwas dem Kaufmannsrecht, was damit nichts zu tun habe.

Die Verfasser des HGB übernahmen die Einbeziehung der nichterwerbswirtschaftlichen Zivil-AG und Zivil-GmbH in das Handelsrecht, ohne sich näher mit der Problematik zu befassen[1]. Man führte im HGB weitgehend eine Bereinigung des ADHGB-Wortlauts durch. Das geschah insbesondere deshalb, weil das HGB nicht mehr wie das ADHGB für die Unterstellung unter das Handelsrecht vom Begriff der Handelsgeschäfte, sondern vom Kaufmann in seinem Handelsgewerbebetrieb ausging[2]. In § 210 II HGB[3] wurde daher der in Art. 208 I ADHGB benutzte Ausdruck "Handelsgeschäfte" durch "Betrieb eines Handelsgewerbes" ersetzt, so daß es nunmehr im HGB hieß:

> "Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht".

Eine Begründung, warum man es bei der Regelung von 1870 beließ, wurde in den Denkschriften zum HGB nicht gegeben[4]. In der Art. 5 I ADHGB entsprechenden Vorschrift von § 6 I HGB[5] führte man ebenfalls nur eine sprachliche Veränderung durch, wobei man die besondere Nennung der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien als "überflüssig" besei-

---

1) Vgl. Raisch, Voraussetzungen, S. 216.

2) H. Lehmann, S. 16 f; Denkschrift zum HGB I, S. 8 ff; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 192 ff; siehe auch die Ausführungen des Staatssekretärs im Reichsjustizamt Nieberding im Reichstag bei der 1. Beratung des HGB am 8. Februar 1897 (Hahn-Mugdan, S. 458).

3) Ebenso § 196 II HGB I und § 208 II HGB II.

4) Vgl. Denkschrift zum HGB I, S. 131; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 298.

5) § 4 HGB I = § 6 HGB II.

tigte[1]. Der Artikel 10 II ADHGB nachgebildete § 6 II HGB[2] wurde in seiner Fassung geändert, weil die AG, KGaA und GmbH ohne Rücksicht auf den Unternehmensgegenstand als Handelsgesellschaften anzusehen seien, was ihnen auch die Eigenschaft von Kaufleuten beilege[3]. Der Anschluß des § 6 II HGB an § 6 I HGB geschah deshalb, weil er diesen "voraussetzt"[4].

Im Reichstag und der von ihm eingesetzten Kommission zur Beratung des HGB II wurde über die Problematik der §§ 6, 210 II HGB nicht debattiert[5]. In der Literatur zu den Entwürfen eines HGB ging - soweit ersichtlich - nur O. v.GIERKE in seinem bereits erwähnten Vortrag[6] auf das Problem der "Formkaufleute" bei der AG und der GmbH ein[7], die zu gemeinnützigen und nichtkaufmännischen Zwecken gegründet seien. Vom Standpunkt des Handels her handele es sich dabei um "höchstproblematische Existenzen", deren Bestehen auch das kommende Vereinsrecht des BGB nicht beseitigen werde. Ob die Einordnung dieser Gesellschaften in das Handelsrecht als "niemals handeltreibende Kaufleute" der "Rechtsordnung angemessen" sei, lasse sich "billig bezweifeln".

Die Einführung des HGB und des BGB machten geringfügige Änderungen des GmbHG erforderlich, die durch Art. 11 EGHGB erfolgten. Dabei blieben die §§ 1-39 GmbH unverändert[8],

---

1) Denkschrift zum HGB I, S. 19; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 204.

2) § 5 III HGB I = § 4 III HGB II.

3) Denkschrift zum HGB I, S. 23; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 202.

4) Bericht der Reichstagskommission zur Beratung über den Entwurf des HGB II, Hahn-Mugdan, S. 540.

5) Vgl. die 1. Beratung des HGB II am 8.Februar 1897, Hahn-Mugdan, S. 454 ff; 2. Beratung am 5. April 1897, Hahn-Mugdan, S. 659, 663, 712; 3. Beratung am 7. April 1897, Hahn-Mugdan, S. 762 ff; Kommissionsbericht über den Entwurd des HGB II, Hahn-Mugdan, S. 532, 540, 588.

6) Siehe oben, S. 47 f.

7) O. v.Gierke, Vortrag, S. 18 f.

8) Einzelheiten über die Änderungen siehe bei Brodmann,GmbHG, § 1, Anm. 1 (S. 1).

also auch die §§ 1, 13 III GmbHG. In § 13 EGHGB wurde der Reichskanzler ermächtigt, die neue Fassung des GmbHG unter fortlaufender Numerierung der Paragraphen und Abschnitte bekannt zu machen. Auf Grund dieser Ermächtigung veröffentlichte der Reichskanzler den neuen, ab 1. Januar 1900 bis heute gültigen Text des GmbHG durch Bekanntmachung vom 20. Mai 1898[1].

In den Gesetzesänderungen des Aktienrechts nach Einführung des HGB blieb es bei § 210 II HGB. Dessen Text wurde in § 3 AktG 1937[2] und in § 3 des heute geltenden Aktienrechts[3] ohne Veränderung übernommen. Zur Begründung wurde lediglich angeführt, daß die Vorschrift dem früheren Recht entspreche[4]. In den parlamentarischen Gremien, deren Tätigkeit 1937 wegen des Ermächtigungsgesetzes zugunsten der NS-Regierung sowieso entfallen war, wurde im Jahre 1965 nicht auf § 3 AktG eingegangen[5]. Eine Stellungnahme erfolgte weder in der Spezialliteratur zum AktG 1937 noch zum AktG 1965.

In dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines neuen GmbHG ist der bisherige § 1 GmbHG gestrichen und der § 13 III GmbHG entsprechende § 3 RegEGmbHG im Wortlaut dem § 3 AktG angepaßt, um die Gleichheit der Regelungen beider Vorschriften hervorzuheben[6]. In der amtlichen Begründung wird zusätzlich darauf hingewiesen, daß auch künftig die GmbH in erster Linie als Gesellschaftsform für erwerbswirtschaftliche Unternehmungen dienen soll. Es wird jedoch anerkannt, daß sich in der Praxis die GmbH auch als Rechtsform von nichterwerbswirtschaftlichen Vereinigungen bewährt habe.

---

1) RGBl. S. 846.

2) Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937 (RGBl. I S. 107, berichtigt S. 588, 1140).

3) Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).

4) Vgl. die amtliche Begründung zum AktG 1937, S. 1 sowie die amtliche Begründung des RegEAktG 1965, Kropff, S. 20.

5) Vgl. Kropff, S. 19.

6) Amtliche Begründung des RegEGmbHG, S. 86; ebenso Begründung des RefEGmbHG, S. 141; vgl. oben, S.30.

Daher bestehe kein Bedürfnis, den Inhalt des § 13 III GmbHG zu ändern[1]. Die Beziehung zu § 6 I HGB wurde allerdings ebenso wie beim AktG 1937 sowie beim AktG 1965 nicht gesehen, jedenfalls nicht erwähnt.

Insgesamt zeigt sich also, daß die durch die Aktiennovelle von 1870 erfolgte Regelung über die Zivil-AG im Grundsatz bis heute bestehen und auf die Zivil-GmbH ausgedehnt worden ist. Neue Begründungen wurden, wenn überhaupt welche erfolgten, nicht gegeben. Man griff ohne nähere Untersuchung über das etwaige Weiterbestehen aller der Gesichtspunkte, welche 1870 trotz aller Bedenken zur Novellierung führten, auf die einmal getroffene und damit althergebrachte Regelung der vollen Einbeziehung aller Zivilaktiengesellschaften in das Handels- und Kaufmannsrecht zurück.

d) Zusammenfassung der durch den Gesetzgeber vorgenommenen Bewertung der betroffenen Interessen

Die Entstehungsgeschichte der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG zeigt, daß sich der Gesetzgeber mit der Problematik der Einbeziehung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH ausführlich nur im vorigen Jahrhundert beschäftigt hat. Dabei ist man zunächst davon ausgegangen, daß die Zivil-AG wesensmäßig dem Zivilrecht angehört, soweit es nicht um die Organisation der Gesellschaft selbst und die Kapitalbeteiligung der Gesellschaft geht. Erst durch die sich bis heute auswirkende Novellierung im Jahre 1870 wurde trotz Bedenken von dieser Regelung abgegangen. Das geschah, um für die Rechtssicherheit im Verkehr der Zivil-AG mit Dritten zu sorgen. Es sollte sich dort jeder ohne weitere Nachprüfung darauf verlassen können, daß es sich immer um eine Handelsgesellschaft handelt und das Kaufmannsrecht zur Anwendung kommt.

---

1) Amtliche Begründung des RegEGmbHG und Begründung des RefEGmbHG, a.a.O.

Zu dieser Bevorzugung der Interessen des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit gegenüber den anderen betroffenen Interessen wurde der Gesetzgeber durch den Mangel gezwungen, welcher im System des Kaufmannsrechts des ADHGB begründet war und welcher der schnell fortschreitenden industriellen Entwicklung nicht mehr gerecht wurde. Der Mangel lag darin, daß nur derjenige Kaufmann war, welcher bestimmte, in Art. 271 f ADHGB geregelte Handelsgeschäfte vornahm. Daher mußte bei den Nichterwerbszivilaktiengesellschaften die Billigkeit im Einzelfall, die eine Anwendung des allgemeinen Zivilrechts erfordert hätte, zugunsten der Rechtssicherheit im Verkehr mit den Erwerbszivilaktiengesellschaften zurücktreten, die auch zahlenmäßig das Übergewicht hatten.

Hinzu kamen das Bestreben, auch für jede Zivil-AG die Eintragung in ein öffentliches Register einzuführen, das Streben nach der Rechtseinheit im gesamten Gebiet des Norddeutschen Bundes und das Fehlen eines bürgerlichen Gesetzbuches mit einem einheitlichen Verkehrsrecht. Des weiteren waren von Bedeutung die politischen Gründe, die mit der Politik BISMARCKs zur Schaffung eines Deutschen Reiches einschließlich der süddeutschen Staaten zusammenhingen, sowie die äußeren Umstände bei der Beratung im Reichstag, die einerseits von einem starken Zeitdruck und zum anderen von der im Vordergrund des Interesses stehenden Aufhebung des Konzessionssystems bei allen Aktiengesellschaften geprägt waren. Aus diesen Erwägungen heraus ging man davon ab, das Recht der Zivil-AG gesondert von dem der Handels-AG zu regeln. Ohne sich über die Folgen im einzelnen klar zu sein, nahm man mit der Novelle von 1870 die im Reichstag und der damaligen Literatur vielfach als inkonsequent angegriffene Ausweitung des Handelsrechts vor. Bei der nach 1870 erfolgten Gesetzesfassung hielt man an dieser Regelung fest, machte sich jedoch über deren Bedeutung immer weniger Gedanken, je näher man der heutigen Zeit kam.

III. Die durch Einführung des BGB und des HGB am 1.Januar 1900 eingetretene Rechtslage hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG und der Zivil-GmbH

Die Rechtsordnung will im Zweifel die der Natur der Sache entsprechende Regelung[1], da nur dann sich die wertungsmäßig gebotenen Differenzierungen vornehmen lassen. Eine solche Differenzierung war bezüglich der Nichterwerbszivil-AG und Nichterwerbszivil-GmbH nach dem ADHGB auf Grund der Aktiennovelle von 1870 nicht mehr möglich. Der Gesetzgeber der Novelle hatte das Problem der Einbeziehung dieser Gesellschaften in das Kaufmannsrecht gesehen und ausdrücklich durch die volle Unterstellung unter das Kaufmannsrecht geregelt. Mit dem Inkrafttreten des BGB und des HGB am 1. Januar 1900 trat jedoch neben der Veränderung des Kaufmannsbegriffs im HGB ein Wandel im Verhältnis des Handelsrechts zum allgemeinen bürgerlichen Recht ein. Diese Veränderungen werfen die Frage auf, ob dadurch auch ein Bedeutungswandel des auf Art. 5 I ADHGB i.d.F. der Novelle von 1870 beruhenden § 6 I HGB eingetreten ist, soweit es um die Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH geht. Wenn bei Untersuchung dieser Frage nachgewiesen werden kann, daß die für die Fassung von Art. 5 I ADHGB durch die Aktiennovelle 1870 maßgeblichen Gesichtspunkte nicht mehr zutreffen bzw. sich so entscheidend geändert haben, daß die alte Regelung sich nicht mehr aufrechterhalten läßt[2], so ist im Gegensatz zum bis Ende 1899 geltenden Rechtszustand durch einen nachträglich eingetretenen Bedeutungswandel der Norm[3] (§ 6 I HGB) eine verdeckte Lücke eingetreten. Diese Lücke wäre durch eine

---

1) Canaris, S. 121; vgl. auch Larenz, S. 322.

2) Vgl. Canaris, S. 135; Bartholomeyczik, S. 48 f; Larenz, S. 338 ff.

3) Vgl. zur teleologischen Reduktion durch einen Wandel der Normsituation Larenz, S. 364 ("nachträgliche verdeckte Lücke"); siehe auch Canaris, S. 135 f.

teleologische Reduktion[1] zu schließen, die auf dem Gebot, "Ungleiches ungleich" zu behandeln, beruht, d.h. die von der Wertung her erforderlichen sachgemäßen Differenzierungen vorzunehmen[2].

1. Die Voraussetzungen für den Bedeutungswandel einer Norm

In der Methodenlehre[3] versteht man unter Bedeutungswandel einer Norm den Fall, daß eine Vorschrift, die einen bestimmten Sachverhalt ihrem unbezweifelbaren Wortsinn nach erfaßt, auf Grund veränderter Umstände anders als zuvor zu sehen ist und daher eine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung gemacht werden muß. Nicht dagegen ist mit Bedeutungswandel einer Norm die Gegebenheit gemeint, daß eine von der Rechtsprechung oder der h.M. vertretene Auslegung einer Vorschrift auf Grund besserer Erkenntnis, welche die bisherige Auslegung als von Anfang an unrichtig erscheinen läßt, anders als zuvor ausgelegt wird. Entscheidend für den Bedeutungswandel ist also, daß die Richtigkeit der Sicht für die Vergangenheit unbestritten bleibt. Nur für die Zukunft erscheint es infolge neuer Gesichtspunkte geboten, die Norm mit anderen Augen zu betrachten. Diese Art des methodischen Vorgehens ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt und des öfteren angewendet worden[4].

Der Bedeutungswandel einer Norm kann sich ergeben aus dem Wandel des allgemeinen oder des juristischen Sprachgebrauchs (entfällt bei § 6 I HGB), aus einem Wandel der Verhältnisse, auf die hin die Norm geschaffen wurde (Normsituation), sowie aus einem Wandel der objektiven Kriterien, insbesondere der

---

1) Vgl. auch oben, S. 79.

2) Larenz, S. 378; Canaris spricht vom "negativen Gleichheitssatz" (S. 82).

3) Vgl. zum folgenden Larenz (2. Aufl., S. 330 ff), S. 338 ff und DRiZ 1959, 306, 307.

4) Siehe die Nachweise bei Larenz, S. 339 f und DRiZ 1959, 306, 307 f; Jagusch, SJZ 1947, 295, 298 ff.

als maßgeblich erachteten Rechtsprinzipien und Bewertungsgrundsätze, wie sie sich aus der Gesamtrichtung der Rechtsentwicklung, etwa in der Gesetzgebung, ergeben[1]. Die beiden letzten Punkte lassen sich allerdings nicht völlig voneinander trennen; es bestehen Berührungspunkte und Übergänge.

Fraglich ist, ob jede Veränderung der Normsituation oder der objektiven Kriterien das Weitergelten einer Vorschrift ausschließt. Eine solche Folgerung wäre gerechtfertigt, wenn dem Satz "cessante ratione legis cessat lex ipsa" oder der These von JAGUSCH[2] zuzustimmen wäre, der Tatbestand der beim Erlaß einer Vorschrift sinngemäß vorausgesetzten Normsituation sei Bedingung für ihre Geltung; andernfalls falle sie fort. Gegen eine uneingeschränkte Anwendung des Grundsatzes des cessat lex spricht jedoch das Prinzip der Gewaltenteilung. "Das Faktische hat nicht die Kraft, von sich aus Recht zu setzen"[3]. Das ist nach dem GG allein die Aufgabe des Gesetzgebers (vgl. Art.20 III GG)[4]. Dem Satz des cessat lex und der Theorie von JAGUSCH ist also entgegenzuhalten, daß beide zu einem unzulässigen Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers führen[5]. Außerdem träte eine starke Erschütterung der Rechtssicherheit ein, da oft weder die bei Erlaß sinngemäß vorausgesetzte Normsituation noch deren späteres Fortfallen sich zweifelsfrei feststellen lassen. Daher besitzen weder der Satz des cessat lex[6] noch die These von JAGUSCH[7] allgemeine Gültigkeit. Davon ist nur im Extremfall eines völlig sinn- und zwecklos gewordenen Gesetzes eine Ausnahme zu machen. Allein dies kann als zu billigender Kerninhalt der These von JAGUSCH und des Satzes von lex cessat anerkannt werden[8].

---

1) Larenz (2. Aufl.), S. 330 und DRiZ 1959, 306, 307 f.
2) Jagusch, SJZ 1947, 295 f.
3) Larenz (2. Aufl.), S. 333.
4) Canaris, S. 189.
5) Larenz (2. Aufl.), S. 333.
6) Enneccerus-Nipperdey, S. 334, FN 10; Canaris, S. 189, m.w.N.
7) Larenz, S. 339 (vgl. auch 2. Aufl., S. 333, 374).
8) Larenz, S. 339 (2. Aufl., S. 333) und DRiZ 1959, 306, 309.

Das hat zur Folge[1], daß auch bei einem Wandel der Normsituation sich die Auslegung einer Vorschrift grundsätzlich weiter im "Rahmen des Wortsinns und des gesetzlichen Kontextes" zu halten hat. Wenn der ursprüngliche Gesetzeszweck gegenstandslos geworden ist, so ist zu prüfen, ob die Vorschrift im Rahmen der veränderten Rechtsordnung oder der veränderten Rechtsverhältnisse einen anderen, einleuchtenden Zweck zu erfüllen vermag. Wenn insoweit ein "vernünftiger Grund oder Zweck" für die Weitergeltung einer Norm gefunden wird, so bleibt die Vorschrift in einer diesen Gegebenheiten entsprechenden Auslegung anwendbar, auch wenn sie nicht mehr die des historischen Gesetzgebers sind. Es ist dann an der alten Regelung festzuhalten.

2. Der Wandel der Normsituation und der objektiven Verhältnisse hinsichtlich der Bedeutung der §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG für die Zivil-AG und die Zivil-GmbH

Der etwaige Wandel der Normsituation und der objektiven Verhältnisse, welche für die Aktiennovelle 1870 maßgeblich waren, läßt sich bei einer Untersuchung der Gegebenheiten feststellen, welche ab 1. Januar 1900 für eine veränderte Betrachtung der Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG und der Zivil-GmbH von Bedeutung sein könnten. Insoweit kommen das Verhältnis des HGB zum ADHGB, die Gesetzgebung über den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit sowie der Einfluß des Vereinsrechts des BGB auf das Aktien- und GmbH-Recht in Betracht.

a) Das Verhältnis HGB - ADHGB

Für eine mögliche veränderte Betrachtung ist es zunächst von Bedeutung, daß die Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich es erforderlich machte, den im ADHGB geregelten Handelsrechtsstoff zu überdenken. Dazu wurde vereinzel

---

1) Zum folgenden siehe Larenz, S. 338 f.

der Vorschlag gemacht, das Handelsrecht im Bürgerlichen Recht aufgehen zu lassen[1]. Dagegen wandte sich Levin GOLDSCHMIDT[2], der dafür eintrat, das Handelsrecht müsse neben dem BGB reichsgesetzlich erhalten bleiben und seine bisherige Selbständigkeit behalten[3]. Da GOLDSCHMIDT die deutsche Handelsrechtswissenschaft im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts beherrschte[4] und die Vorkommission zur Ausarbeitung eines BGB von 1874 entscheidend[5] beeinflußt hat, entschied man sich für das Beibehalten des Handelsrechts neben dem BGB[6]. Dafür sprach insbesondere, daß das ADHGB sich bewährt und der Kaufmannsstand sich daran gewöhnt hatte. Hinzu trat, daß dadurch der Zusammenhang mit dem ausländischen Handelsrecht besser gewahrt blieb[7].

Angesichts dieser Überlegungen ging es bei den handelsrechtlichen Kodifikationsarbeiten nicht um eine Neuschöpfung eines HGB. Vielmehr handelte es sich darum, das bereits bestehende Reichsrecht des ADHGB im erforderlichen Umfang zu ergänzen und zu revidieren[8]. Das bedeutete, daß man sich auf eine Durchsicht des ADHGB beschränkte[9] und keine Neukodifikation wie beim BGB vornahm.

---

1) Dernburg, 1. Aufl., S. 8; 2. Aufl., S. 9 f.

2) Siehe im einzelnen die Angaben bei Raisch, Voraussetzungen, S. 56-64.

3) Siehe Raisch, Voraussetzungen, S. 59.

4) Raisch, Voraussetzungen, S. 56.

5) Raisch, Voraussetzungen, S. 59 ff.

6) Vgl. H. Lehmann, S. 16.

7) Gierke-Sandrock, S. 19; vgl. auch Staatssekretär Dr. Nieberding bei der 1. Beratung des HGB im Reichstag am 8. Februar 1897 (Hahn-Mugdan, S. 454 f). Das ADHGB galt auch in Österreich. Daneben hatte es verschiedenen ausländischen Handelsgesetzgebungen als Grundlage gedient (vgl. Gierke-Sandrock, S. 19, 85-88).

8) Vgl. die Empfehlungen der Vorkommission von 1874 zur Ausarbeitung eines BGB (Raisch, Voraussetzungen, S. 60 f).

9) H. Lehmann, S. 16.

Bei dieser Durchsicht ging es vor allem um die Bewältigung zweier Aufgaben[1]. Zum einen hatte man das HGB mit den durch das BGB vereinheitlichten bürgerlichen rechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen. Zum anderen waren die der wirtschaftlichen Entwicklung entsprechenden handelsrechtlichen Neuregelungen zu erlassen. Da beides einen bedeutsamen Eingriff in das Gefüge des ADHGB bedeutete, sah man sich nicht in der Lage, den Weg der Novellengesetzgebung einzuschlagen[2]. Man schritt zu der "Revision"[3] oder "Modifikation"[4] dieses Gesetzes, dessen Charakter man aber möglichst wahren wollte. Auch wenn man sich gezwungen sah, "äußerlich" ein "neues Gesetz"[5] zu schaffen, schloß man sich im neuen HGB soweit wie möglich an das alte Recht an. Man bemühte sich, die alte Folgeanordnung der Bestimmungen, die alte Fassung und die alte Sprache des ADHGB zu konservieren[6], also die "Umarbeitung" des ADHGB auf das Notwendige zu beschränken[7].

Da das BGB eine Reihe bewährter Grundsätze des ADHGB - etwa die über Vertragsschluß, Vertragserfüllung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung, usw. - übernommen hatte, wurden die entsprechenden Bestimmungen des ADHGB gestrichen. Sodann wurden die übrig gebliebenen Vorschriften mit dem Inhalt des BGB als einer Gesamtkodifikation des nicht spezifisch kaufmännischen Privatrechts in Übereinstimmung gebracht. Man wollte

---

1) Gierke-Sandrock, S. 19; Staatssekretär Nieberding, a.a.O.; Denkschrift zum HGB I, S. 3; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 19.

2) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 455); Denkschrift zum HGB I, S. 455; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 190.

3) So der ständige Wortlaut in den beiden Denkschriften zum HGB, vgl. etwa Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S.190; ebenso Gierke-Sandrock, S. 19.

4) So Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 455).

5) Denkschrift zum HGB I, S. 4; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 190.

6) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 455).

7) Müller-Erzbach, S. 41.

das HGB in allen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung den Anschauungen anschließen, die im BGB niedergelegt waren[1]. Es wurden also die Folgerungen daraus gezogen, daß das ADHGB seinen Zweck erfüllt hatte, soweit es um seine Schrittmacherdienste zur Beseitigung des zersplitterten Bürgerlichen Rechts ging und man daher seine Grenzlinien weiter gezogen hatte, als es einem Handelsgesetzbuch eigentlich zukommt[2]. Insoweit gesehen verringerte sich die Bedeutung des HGB, indem es zu einem Nebengesetz wurde und zum großen Teil nur noch ergänzende Vorschriften zu denen des BGB enthält.

Die Angleichung des HGB an das BGB, die letztlich eine Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht bedeutet, hat der Gesetzgeber entgegen seinen Intentionen nur unvollkommen vorgenommen. So beweist § 345 HGB, nach dem bei den sogenannten einseitigen Handelsgeschäften auch Nichtkaufleute weiterhin dem Handelsrecht unterstellt werden, daß die letzte Klarheit über das Verhältnis beider Rechtsgebiete zueinander fehlte[3]. Des weiteren wurden, wie RAISCH nachgewiesen hat[4], einzelne Normen im 3. Buch des HGB belassen - z.B. die §§ 355 ff HGB über das Kontokorrent[5] -, die ihrem Sinngehalt nach allgemeines Bürgerliches Recht sind. Man war sich dessen allerdings nicht bewußt. Man kann also nur von einer grundsätzlichen Anpassung an das Bürgerliche Recht sprechen.

Mit dem Fortfall seiner Rolle, Hilfsmittel zur Rechtsvereinheitlichung des Bürgerlichen Rechts zu sein, konnte nunmehr das Handelsrecht seine eigentliche Funktion wahrnehmen, ein Sonderrecht für Kaufleute zu sein[6]. Das erforderte ein Abgehen vom sogenannten gemischten System[7] des ADHGB.

---

1) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 455).

2) Vgl. H. Lehmann, S. 17.

3) Vgl. Raisch, Voraussetzungen, S. 105 ff.

4) Raisch, Voraussetzungen, Vierter Teil, Zweiter Abschnitt (S. 230-292).

5) Raisch, Voraussetzungen, S. 230 ff.

6) Raisch, Abgrenzung, S. 133.

7) Vgl. Gierke-Sandrock, S. 18.

Zwar enthielt das ADHGB den Begriff des Kaufmanns (Art. 4 ADHGB) und normierte für ihn und seine Tätigkeit ein besonderes Recht (subjektives System). Dieses Sonderrecht ging jedoch von den Tatbeständen des Handels aus, indem es entscheidend auf die Handelsgeschäfte abstellte[1]. Dem ADHGB unterstanden nicht allein die von einem Kaufmann in seinem Gewerbebetrieb vorgenommenen Rechtsgeschäfte (subjektive oder relative Handelsgeschäfte; Art. 4, 271-277 ADHGB). Vielmehr erstreckte es sich auf gewisse Geschäfte (vgl. Art. 271 ADHGB) selbst dann, wenn sie von Nichtkaufleuten vorgenommen wurden (absolute oder objektive Handelsgeschäfte). Auch sonst bezog das ADHGB den Nichtkaufmann an vielen Stellen ein und stellte für jedermann geltende Rechtssätze auf (vgl. Art. 307 ADHGB).

Das HGB gab dieses System auf und wurde ein Standesrecht nur für Kaufleute. Ausgangspunkt sind nicht mehr die Tatbestände des Handelslebens, sondern allein die Personen, welche sich handelsgewerblich betätigen, d.h. die Kaufleute[2] (subjektives System). Das Handelsrecht kommt nicht mehr zur Anwendung, wenn allein Nichtkaufleute beteiligt sind. Denen steht das BGB zur Verfügung. Grundsätzlich verlangt das HGB, daß beide Teile Kaufleute sind. Ein Nichtkaufmann wird lediglich dann noch einbezogen, wenn sich das HGB damit begnügt, daß nur auf einer Seite ein Kaufmann beteiligt ist (§ 345 HGB).

Mit dem Übergang auf das subjektive System nahm das HGB zugleich eine dem Aufschwung von Industrie und Handel Rechnung tragende erhebliche Erweiterung des Kreises der Kaufleute vor und vergrößerte insoweit seinen Anwendungsbereich. Nicht allein die Personen waren Kaufleute, welche eines der in § 1 II HGB aufgeführten Handelsgewerbe betrieben, die weitgehend den Handelsgeschäften des Art. 271 ADHGB entsprachen. Man schuf durch § 2 HGB eine neue Gruppe von Kaufleuten. Es hatte sich

---

1) H. Lehmann, S. 17.

2) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 458).

nämlich seit langem als mißlich herausgestellt, daß eine beträchtliche Anzahl gewerblicher Betriebe, welche gewöhnlich als solche kaufmännischer Art angesehen wurden, infolge der Kasuistik der Art. 271 f ADHGB rechtlich nicht als Gewerbebetriebe angesehen werden konnten[1]. Diese Widersprüche und Unsicherheiten beruhten auf der Anlehnung des ADHGB an das objektive System des code de commerce[2]. Sie wurden durch § 2 HGB bei den Unternehmen beseitigt, die andere als in Art. 271 ADHGB normierte Handelsgeschäfte betrieben. Von besonderer Wichtigkeit war dies hinsichtlich der Urproduktionsbetriebe mit Ausnahme der Land- und Forstwirtschaft[3] (Bergbau, Steinbrüche, Gruben, Salinen, Mineralwasserbrunnen usw.).

Die mit § 2 HGB vorgenommene Erweiterung des Kaufmannsbegriffes entsprach der Erkenntnis, daß einem Betrieb gewerblicher Art von selbst ein kaufmännischer Stempel aufgedrückt wird, wenn er in Form und Umfang von größerer Art ist[4]. Die Rechtssicherheit sah man dadurch gewahrt, daß die Kaufmannseigenschaft in diesen Fällen erst durch die als Verpflichtung ausgestaltete Eintragung im Handelsregister erlangt wird. Damit war für jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, soweit sie nicht nur in geringem Maße betrieben wurde, der Weg zur Kaufmannseigenschaft eröffnet.

Durch § 3 II HGB wurde diese Möglichkeit auch für die forst- und landwirtwirtschaftlichen Nebenbetriebe (Brennereien, Ziegeleien, Sägewerke, Mastbetriebe, Torfstechereien usw.) freigegeben. Diese Umstellung des Handelsrechts auf den Kaufmann in seinem Gewerbebetrieb (§§ 1 II, 2, 3 II HGB) machte es erforderlich, den Wortlaut des ADHGB zu ändern und an

---

1) Vgl. Denkschrift zum HGB I, S. 8 ff; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 172 ff; Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 458 f).

2) Vgl. Gierke-Sandrock, S. 19.

3) Denkschrift zum HGB I, S. 9; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 193.

4) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan,S. 459).

die Stelle von "Betreiben von Handelsgeschäften" oder ähnlichen Formulierungen die Worte "Betrieb eines Handelsgewerbes" oder ähnliche Formulierungen zu setzen. Das bedeutet, daß im HGB nur noch vom Kaufmann die Rede und Kaufmann grundsätzlich der ist, der ein Handelsgewerbe betreibt (vgl. § 1 I HGB).

Im Recht der Handelsgesellschaften wurde bei der Revision des ADHGB im wesentlichen nur eine Angleichung der Vorschriften über die OHG und KG an das Recht der in das BGB umgegliederten bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) vorgenommen. Da das HGB nur eine revidierte Fassung des ADHGB sein sollte, sah man davon ab, außerhalb des ADHGB stehende Gesetze, wie etwa das GmbHG, in das HGB einzuarbeiten[1]. Man wollte die Umgewöhnung vom volkstümlichen ADHGB auf das HGB nicht durch derartige Veränderungen erschweren[2]. Weiter ist zu berücksichtigen, daß man den Umfang der Umarbeitung des ADHGB möglichst gering halten wollte, damit es in seiner neuen Fassung gleichzeitig mit dem BGB in Kraft treten konnte[3].

Im Aktienrecht, dem "schwierigsten und wichtigsten Gebiet"[4] des Gesellschaftsrechts, beschränkte man sich ebenfalls auf eine bloße Durchsicht des ADHGB[5]. Neben geringen Verbesserungen[6] wurde entsprechend dem Rückgang der Bedeutung der KGaA das Recht der AG vor dem der KGaA behandelt[7]. Deren Rechts-

---

1) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 456 f); Müller-Erzbach, S. 42.

2) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 457).

3) Müller-Erzbach, S. 41 f.

4) Müller-Erzbach, S. 42.

5) Staatssekretär Nieberding, a.a.O. (Hahn-Mugdan, S. 456).

6) Siehe dazu Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, Einleitung, Anm. I 2 b (S. 3).

7) Vgl. Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, Vorbemerkungen vor § 1, Rdn. 11.

verhältnisse wurden zum großen Teil durch Verweisung auf das Aktienrecht geregelt. Mit dem Problem, daß nunmehr jedes Erwerbsunternehmen in Form der AG oder der GmbH - also auch die Bergwerks- und Hüttengesellschaften, die 1870 im Vordergrund der Betrachtung gestanden hatten - echte und nicht nur fingierte Handelsgesellschaft war, beschäftigte man sich nicht weiter. Zwar wurde in den Denkschriften die Erweiterung des Kaufmannsbegriffs durch die Aktiennovelle 1870 und des GmbHG hinsichtlich aller Erwerbsgesellschaften dieser Art kurz angesprochen[1]. Jedoch wurde dies nur als Beispiel dafür angeführt, daß der Kaufmannsbegriff bereits in den Novellierungen zum ADHGB verändert worden war. Den die Verleihung der Kaufmannseigenschaft auf die AG und GmbH aussprechenden § 6 I HGB änderte man gegenüber Art. 5 I ADHGB inhaltlich nicht[2]. In den Stellungnahmen zum Aktienrecht selbst nahm man auf die Erweiterungen des ADHGB nicht mehr Bezug.

Faßt man diese Erörterungen zusammen, so ist festzustellen, daß das HGB nicht als Neukodifikation, sondern als Revision des ADHGB anzusehen ist. Es stellt dessen verkürzte und überarbeitete Neufassung dar[3]. Bei der Modifikation des ADHGB stand im Vordergrund, die Gesetzesbestimmungen mit den durch das BGB vereinheitlichten bürgerlich-rechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen und überflüssig gewordene Normen zu streichen. Dadurch entfiel die Aufgabe des Handelsrechts, Hilfsmittel zur Vereinheitlichung des zersplitterten Bürgerlichen Rechts zu sein. Es konnte seine eigentliche Aufgabe wahrnehmen, ein Sonderrecht der Personen des Handelslebens, d.h. der Kaufleute in ihrem Handelsgewerbebetrieb zu sein. Hand in Hand ging damit eine Reformation des Kaufmannsbegriffs, indem durch die §§ 1 II, 2, 3 II HGB alle Erwerbsunternehmungen erfaßt wurden. Bei allen diesen Maßnahmen ließ man die

---

1) Denkschrift zum HGB I, S. 8; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 192 f.

2) Siehe oben, S. 125.

3) Schlüter, Vertretungsmacht, S. 70.

wichtigsten Teile des ADHGB unverändert. Dabei trat die nicht beabsichtigte Folge ein, daß man, sowohl was Rechtsstoff wie Adressatenkreis des ADHGB anbelangt[1], das Verhältnis des Handelsrechts zum BGB nicht in jeder Hinsicht entsprechend den verschiedenen Aufgaben beider Gesetze regelte. Das HGB wurde lediglich in grundsätzlicher Sicht eine Kodifikation des Rechts der Handelsleute im Betrieb ihres Handelsgewerbes.

b) Die Gesetzgebung über den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Angesichts der Tatsache, daß seit Einführung des HGB sich das Handelsrecht grundsätzlich nur noch auf die Kaufleute in ihrem Handelsgewerbebetrieb erstreckt, ist es von großem Interesse, wie die Frage der Kaufmannseigenschaft beim sogenannten reinen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)[2] geregelt ist. Dessen Eigenart liegt darin, daß die Versicherten zugleich die Versicherer sind und gegenseitig füreinander einstehen (Grundsatz der Gegenseitigkeit)[3]. Es entfällt daher im Gegensatz zur Prämienversicherung nach § 1 II Nr. 3 HGB[4] die Gewinnabsicht[5]. Bezüglich des VVaG heißt es im Versicherungsaufsichtsgesetz vom 12. Mai 1901[6] (VAG), das also kurz nach Inkrafttreten des HGB erlassen wurde, in § 16[7]:

---

1) Vgl. Raisch, Abgrenzung, S. 133.

2) In dieser Arbeit ist mit der Abkürzung VVaG nur der reine VVaG gemeint.

3) Vgl. § 15 VAG.

4) Die handelsgewerbliche Prämienversicherung wird meist von Aktiengesellschaften betrieben (vgl. § 7 II, III VAG).

5) Einhellige Meinung: siehe statt aller KGJ 24 A 209, 212; Kisch, S. 28; Lehmann-Dietz, S. 360.

6) Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (RGBl. S. 139).

7) Nicht unter diese Vorschrift fallen der "kleine" VVaG (§ 53 VAG; Beispiel: Sterbekasse des örtlichen Anwaltsvereins) und der "gemischte" VVaG (Versicherung auch von Nichtmitgliedern nach den Regeln der Prämienversicherung). Zu dessen Kaufmannseigenschaft siehe Kisch, S. 28; Fromm-Goldberg, § 16, Anm. 1; Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 41.

"Die Vorschriften des ersten und dritten Buches des Handelsgesetzbuchs über Kaufleute gelten außer den §§ 1-7 entsprechend auch für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorschreibt".

Diese Vorschrift blieb unverändert bestehen, als das VAG durch Gesetz vom 30. März 1931[1] geändert und auf Grund der Ermächtigung in Art. 5 dieses Gesetzes unter Berücksichtigung aller Änderungen und Ergänzungen seit 1901[2] als Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6. Juni 1931[3] bekanntgemacht wurde[4].

In Rechtsprechung und Lehre ist umstritten, wie § 16 VAG auszulegen ist. Teilweise wird die Meinung vertreten, der VVaG sei wirklicher Kaufmann[5], und zwar Vollkaufmann[6]. Er werde vom Gesetz als "Handelsgesellschaft" behandelt[7]. Begründet wurde diese Auffassung im wesentlichen wiederum wie die h.M. zur Interpretation von § 6 I HGB von Martin WOLFF[8] und EHRENBERG[9], die keinen sachlichen Unterschied sahen zwischen der Kaufmannsstellung der AG und der GmbH (§§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG), der eingetragenen Genossenschaft (§ 17 II GenG)[10]

---

1) Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 30.März 1931 (RGBl. I S. 102).

2) Siehe dazu Prölls-Reimer Schmidt-Sasse, Vorbemerkungen I 1 a.

3) RGBl. I S. 315 (Berichtigung, S. 750).

4) Zum in der Sammlung des Bundesrechts veröffentlichten Text eines VAG und dessen rechtlicher Bedeutung siehe Prölls-Reimer Schmidt-Sasse, a.a.O..

5) Rosenberg, S. 495; Müller-Erzbach, S. 53; Sievers, ZHR 48 (1899), 521, 532 ff; Zittwitz, S. 6 ff; Hagen, KGBl. 1902, 57 und Versicherungsrecht, S. 111 f.

6) J. v.Gierke, VVaG, S. 5; J. v.Gierke, Handelsrecht, S. 440.

7) J. v.Gierke, VVaG, S. 5, FN 15.

8) Martin Wolff, S. 126 ff, 132 ff.

9) Ehrenberg, Handbuch, S. 102, 104 f.

10) Auch bei den eingetr. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die nach § 17 II GenG zwar nicht als Handelsgesellschaften (vgl.oben, S.49, FN 1,2), wohl aber als Kaufleute "gelten", stellt sich die Frage, ob eine generelle Anwendung des Handelsrechts auf sie seit Inkrafttreten des HGB weiter zu bejahen ist (vgl. Raisch, Voraussetzungen, S. 219). Dies bedürfte einer gesonderten Untersuchung.

und dem VVaG (§ 16 VAG). Auch dieser sei Formkaufmann und betreibe ein Handelsgewerbe.

Anders als bei den §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG ist die h.M.[1] jedoch Martin WOLFF und EHRENBERG nicht gefolgt. Nach ihr ist der VVaG kein Kaufmann und kann auch nicht als solcher gelten. Er werde vielmehr vom VAG in vielfacher Hinsicht nur wie ein Kaufmann behandelt[2] oder diesem gleichgestellt[3] und könne daher wegen seiner kaufmannsähnlichen Stellung[4] lediglich als Quasikaufmann[5] bezeichnet werden[6].

Um § 16 VAG richtig zu verstehen und damit zum Streit Stellung nehmen zu können, liegt es nahe, von dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Entstehung des HGB und des VAG auszugehen. Obwohl verschiedentlich[7] gefordert worden war, daß dem während der Geltungszeit des ADHGB[8] dem allgemeinen Zivilrecht unter-

---

1) KG JW 1926, 2374; Fromm-Goldberg, § 16, Anm. 1; Prölls-Reimer Schmidt-Sasse, § 16, Anm. 2; Bronisch-Cuntz-Sasse-Starke, § 16, Anm. 1; Koenige-Petersen, § 16, Rdn. 2; Manes-Hagen, § 16, Anm. 1, 2; Rehm, § 16, Anm. 2-6; Kisch, S. 28 ff; Bruck, S. 92; Wörner, S. 78 f; A. Müller, JW 1905, 711 ff; Zehnter, Arch BürgR 20 (1902), 1, 10 f; Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 39 und § 6, Anm. 3; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 1, Rdn. 43 f, und § 6, Rdn. 5; Heymann-Kötter, § 1, Anm. 12; Baumbach-Duden, § 1, Anm. 8 C.

2) Prölss-Reimer Schmidt-Sasse, § 16, Anm. 2; Fromm-Goldberg, § 16, Anm. 1; Koenige-Petersen, § 16, Rdn. 2; Manes-Hagen, § 16, Anm. 2.

3) Rehm, § 16 Anm. 6.

4) Wörner, S. 79.

5) So O. v.Gierke, Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, S. 905.

6) Von großer Bedeutung (vgl. Kisch, S. 41) war der Meinungsstreit zu § 16 VAG i.d.Zeit vor Erlaß des Arbeitsgerichtsgesetzes v. 23. Dezember 1926 (RGBl.I S.507), einem Vorläufer des heutigen Arbeitsgerichtsgesetzes. Nur die Vertreter der Theorie, daß der VVaG Kaufmann sei, konnten eine Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte nach dem Kaufmannsgerichtsgesetz vom 6. Juni 1904 (RGBl. S. 266) bejahen (siehe im einzelnen Rosenberg, S. 496; Zittwitz, S. 45 ff). Näheres über die Kaufmannsgerichte siehe bei Hueck-Nipperdey, S. 810 f.

7) Z.B. Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 109; vgl. auch Sievers, ZHR 48 (1899), 521, 533 f.

8) Wegen der fehlenden Gewinnabsicht war die Versicherung auf Gegenseitigkeit nicht im ADHGB geregelt worden (Nürnberger Protokolle, S. 5056 ff, 5060 ff; vgl. auch v. Hahn, Art. 271, Anm. § 19; Zehnter, ArchBürgR 20 (1902), 1, 10).

stehenden VVaG[1], ebenso wie den Genossenschaften die Kaufmannseigenschaft verliehen werden müsse, wurde in den Denkschriften zum HGB[2] die "Einreihung" des VVaG "unter die Kaufleute" ausdrücklich der gesetzlichen Regelung des Versicherungsrechts überlassen. Zur Auslegung von § 16 VAG können daher hinsichtlich der gesetzgeberischen Überlegungen allein die Motive zum VAG herangezogen werden[3], welches "den Vorbehalt des HGB einlöste"[4].

Bei den gesetzgeberischen Arbeiten zu § 16 VAG ging man von der Erkenntnis aus, daß mangels Erwerbsabsicht das Betreiben eines Handelsgewerbes nach § 1 II Nr. 3 HGB, aber auch nach § 2 HGB ausschied[5]. Andererseits war nicht zu übersehen, daß beim VVaG mit Ausnahme des subjektiven Merkmals des Gewinnstrebens objektiv dieselben Gegebenheiten vorliegen, die nach § 2 HGB gewerbliche Unternehmungen infolge der Art und des Umfanges ihres Geschäftsbetriebes zu kaufmännischen Handelsgewerbebetrieben i.S. dieser Vorschrift machen. Technisch wickelt sich der Versicherungsbetrieb bei der Prämien- wie bei der Gegenseitigkeitsversicherung in gleicher Weise ab[6]. In beiden Fällen ist eine von kaufmännischen Grundsätzen her geprägte Organisation des Geschäftsbetriebes erforderlich. Es mußte daher beim VVaG eine Möglichkeit gefunden werden, die Anwendung der HGB-Vorschriften etwa über die Firmenführung, Buchführung, Bilanzierung, Stellung der Beschäftigten, der Bevollmächtigten, der Handelsagenten usw. zu ermöglichen. Man konnte einmal dazu den Weg einschlagen, den man bei der AG und GmbH (§§ 6 I, 210 II HGB, 13 III GmbHG) sowie der Genossenschaft (§ 17 II GenG) beschritten hatte. Oder man mußte eine neue Lösung suchen.

Der Gesetzgeber entschied sich für eine neue Lösung. Er bezog

---

1) Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 108; Wörner, S. 78, m.w.N..

2) Denkschrift zum HGB I, S. 13; Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 196 f.

3) A.A. Hagen, KGBl. 1902, 57.

4) Motive zum VAG, S. 184.

5) Zum folgenden siehe Motive zum VAG, S. 183 f.

6) Vgl. Zittwitz, S. 3 f; zum Verhältnis des VVaG gegenüber den Erwerbsversicherungsgesellschaften im allgemeinen siehe auch Fromm-Goldberg, vor §§ 15 ff, Anm. IV.

zwar die §§ 6 I, 210 II HGB und § 17 II GenG in seine Betrachtungen ein. Doch schloß er die den Kaufmannsbegriff prägenden §§ 1-7 HGB in § 16 VAG aus und erklärte mit Ausnahme des 2. Buches das übrige HGB für anwendbar, dies jedoch auch nur in "entsprechender" Anwendung. Zudem erfolgte die Einschränkung, daß dies nur dann gelte, soweit sich aus dem VAG nicht ein anderes ergebe. Nach dem Gesetzeswortlaut ist daher der VVaG weder Handelsgesellschaft noch Kaufmann.

Bezüglich der "entsprechenden" Anwendung wird vorgebracht, damit sei nur gemeint, "vorbehaltlich der Abweichungen, die sich aus den Besonderheiten des VVaG ergeben"[1]. In der Sprache der Gesetzgeber und der Rechtswissenschaft, von der auch der Gesetzgeber des VVaG ausging[2], bedeutet die Anordnung einer "entsprechenden Anwendung" jedoch den Gegensatz zur "unmittelbaren" oder "direkten Anwendung"[3]. Es wird bewußt von verschiedenen Tatbeständen ausgegangen und die für den einen Tatbestand ausgesprochene Rechtsfolge auf den anderen übertragen. In den Motiven zum VAG[4] heißt es demgemäß: "Der Entwurf erkennt damit" (gemeint ist die Anordnung der entsprechenden Anwendungen des HGB) "zugleich an, daß die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit an sich n i c h t z u d e n K a u f l e u t e n[5] gehören und nur in den hier fraglichen Richtungen durch besondere Vorschrift jenen g l e i c h g e s t e l l t[6] sein sollen". Das besagt für § 16 VAG, daß die Anwendung des HGB allein dann erfolgen kann, wenn nicht die Natur des VVaG als jemand, der kein Handelsgewerbe betreibt, mit logischer Notwendigkeit die Übernahme einer HGB-Vorschrift ausschließt[7].

---

1) Zittwitz, S. 13 ff.

2) In den Motiven zum VAG ist der Ausdruck "entsprechend" zur Hervorhebung in Anführungszeichen gesetzt (Motive zum VAG, S. 184).

3) Kisch, S. 31, FN 6; A. Müller, JW 1905, 711, 712.

4) Motive zum VAG, S. 184.

5) Hervorhebung durch Verfasser dieser Arbeit.

6) Hervorhebung durch Verfasser dieser Arbeit.

7) A. Müller, a.a.O.

Diese Überlegung widerlegt auch die Ansicht von J. v. GIERKE, der VVaG erwerbe die Kaufmannseigenschaft nach eigenen Grundsätzen[1]. Aus den Motiven zum VAG läßt sich eindeutig entnehmen, daß nicht ein weiterer Kaufmannsbegriff neben dem des HGB geschaffen werden sollte. Gerade weil die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft mangels Gewerbebetriebs nicht vorlagen, sah man sich gezwungen, die Anwendung der Vorschriften des HGB in entsprechender Weise anzuordnen. Man hat bewußt nicht den Weg des § 17 II GenG und der dort erfolgten unmittelbaren Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Genossenschaft vorgenommen. Zwar besteht zwischen dieser und dem VVaG eine gewisse Ähnlichkeit[2], doch keine Identität[3]. Es kann daher selbst durch Bezugnahme auf die Ähnlichkeiten des VVaG zur genossenschaftlichen Selbsthilfe und der fehlenden Erwerbsabsicht nicht eine Gleichstellung von § 17 II GenG mit § 16 VAG gefolgert werden[4].

Ebensowenig verlangt die Sicherheit des Rechtsverkehrs, daß der VVaG als wirklicher Kaufmann und seine Tätigkeit rechtlich als Handelsgewerbe anzusehen sind[5]. Sein Auftreten im Rechtsverkehr ist zwar weitgehend von typisch kaufmännischen Merkmalen geprägt. Doch kann wegen des fehlenden Gewinnstrebens nur von einer starken Ähnlichkeit mit den Kaufleuten nach § 2 HGB gesprochen werden. Daß deshalb das Kaufmannsrecht nicht ohne weiteres und unbeschränkt auf den VVaG angewendet werden darf, hielt der Gesetzgeber mit seiner Aufgabe für vereinbar, klare Regelungen im Rechtsverkehr zu schaffen. Ein in der Reichstagskommission

---

1) J. v.Gierke, VVaG, S. 5, FN 15.

2) Hauptunterschiede: Verquickung der Mitgliedschaft mit einem Versicherungsverhältnis, Gefahrengemeinschaft, staatliche Aufsicht,usw. Alles dies fehlt bei einer Genossenschaft (Einzelheiten siehe J. v.Gierke, Handelsrecht, S. 440).

3) J. v.Gierke, a.a.O.

4) So aber Sievers, ZHR 48 (1899), 521, 533 f.

5) So aber Zittwitz, S. 19.

zur Beratung über den Entwurf des VAG gestellter Antrag, in § 16 VAG zu präzisieren, welche Vorschriften insbesondere aus dem 3. Buch des HGB - den Handelsgeschäften der Kaufleute mit Dritten - entsprechende Anwendung finden sollten, wurde mit großer Mehrheit abgelehnt[1]. Entscheidend dafür war die Erwägung, daß es der Rechtsentwicklung überlassen werden müsse, welche Vorschriften des HGB in entsprechender Weise zur Anwendung kommen würden. Man überließ es bewußt der Praxis, also der Klärung durch Rechtsprechung und Lehre, wie § 16 VAG sich im Einzelfall auswirkt.

Dadurch entstehen für den Rechtsverkehr keine Nachteile und Unklarheiten. In der Firma des VVaG ist klar zum Ausdruck zu bringen, daß es sich um einen Versicherungsverein handelt und daß dieser auf Gegenseitigkeit betrieben wird (vgl. § 18 II 2 VAG)[2]. Dabei ist analog zu § 4 AktG die Firma aus dem Gegenstand des Geschäftsbetriebs des VVaG zu entnehmen[3]. Dadurch wird für jedermann sichtbar, daß es sich um einen VVaG mit allen seinen Eigentümlichkeiten handelt. Im übrigen hat sich mittlerweile eine gefestigte Meinung darüber gebildet, welche Vorschriften des HGB eine analoge Anwendung finden[4].

Für eine etwaige Kaufmannseigenschaft des VVaG spricht schließlich nicht die Tatsache, daß dieser in Teil B des Handelsregisters bei den Kapitalgesellschaften einzutragen ist[5]. Der Gesetzgeber hat es mit dem Sinn des Handelsregisters als eines Registers für Kaufleute für vereinbar angesehen, daß jemand wegen der Ähnlichkeit mit Handelsgesellschaften und Kaufleuten als Quasikaufmann eingetragen wird. In einer dadurch gerecht-

---

1) Bericht der Kommission betreffend den Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen, Reichstagsverhandlungen 1900/1902, Stenographische Berichte, 3. Anlagenband, S. 1727.

2) Näheres siehe Fromm-Goldberg, § 18, Anm. 3; Prölss-Reimer Schmidt-Sasse, § 18, Anm. 2; Kisch, S. 34 f.

3) Prölss-Reimer Schmidt-Sasse, § 18, Anm. 1.

4) Näheres siehe bei Prölss-Reimer Schmidt-Sasse, § 16, Anm. 2; Fromm-Goldberg, § 16, Anm. 2; Kisch, S. 32 ff.

5) Vgl. § 30 VAG; §§ 3 III, 43 HRV.

fertigten Ausnahmeregelung[1] gewährleistet er deshalb neben den Vorschriften über die Firma des VVaG, daß durch ein öffentliches Register für den Rechtsverkehr auf die Besonderheiten dieser Vereinigung hingewiesen wird.

Faßt man das Ergebnis der Erörterungen zusammen, so ist allein der Schluß gerechtfertigt, daß der VVaG kein Kaufmann ist. Er ist lediglich weitgehend wie ein solcher zu behandeln, soweit die Besonderheiten und die Eigentümlichkeiten des VVaG sowie des VAG es zulassen. Bei jeder einzelnen Vorschrift des HGB ist zu prüfen, ob ihre Anwendung nicht ausgeschlossen ist oder ob sie den besonderen Verhältnissen und Zwecken des VVaG gerecht wird[2]. Angesichts der nach dieser Prüfung entsprechend anzuwendenden Vorschriften des HGB[3] müßte man - was in der Praxis natürlich nicht möglich ist - davon sprechen, es werde z.B. der Name des VVaG einer Handelsfirma gleichgestellt, seine Bevollmächtigten, seine Agenten usw. seien wie Prokuristen, Handelsbevollmächtigte, Handelsagenten usw. zu behandeln und anzusehen[4].

Bei Erlaß des HGB blieb es offen, wie der VVaG unter das Gesetz der Kaufleute zu bringen ist. Bei der Gesetzgebung des VAG ging man von dem fehlenden Handelsgewerbebetrieb aus und zog die entsprechenden Konsequenzen. Es wurde bewußt nicht auf die Lösungen zurückgegriffen, die vor dem HGB bei der Zivil-AG, der Zivil-GmbH und der Genossenschaft mit Hilfe von Fiktionen von Handelsgesellschaften und der Verleihung der Kaufmannseigenschaft gewählt worden waren. Diese Lösungen wurden mit dem HGB als einem Sonderrecht allein für Kaufleute nicht vereinbar

---

1) A. Müller, JW 1905, 711, 713.

2) Kisch, S. 30; Fromm-Goldberg, § 16, Anm. 2 I; ebenso von den Vertretern der Gegenmeinung Ehrenberg, Handbuch, S.104; Zittwitz, S. 11 ff.

3) Siehe dazu im einzelnen Prölss-Reimer Schmidt-Sasse, § 16, Anm. 2.

4) Vgl. Kisch, S. 38, 42; siehe auch Zittwitz, S. 17.

bemerkt. Es erfolgte keine Verleihung der Kaufmannseigenschaft, sondern eine Behandlung als Quasikaufmann in einem eingeschränkten Rahmen.

c) Der Einfluß des Vereinsrechts des BGB auf das Aktien- und GmbH-Recht

Neben den Veränderungen des Handelsrechts trat am 1.Januar 1900 auch eine Änderung im allgemeinen Verhältnis dieses Rechtsgebietes zum Bürgerlichen Recht ein. Bis zu diesem Zeitpunkt fand nach Art. 1 ADHGB das Bürgerliche Recht dann Anwendung, wenn weder das ADHGB eine Regelung enthielt, noch ein zutreffender Handelsbrauch bestand. Diese Vorschrift wurde durch Art. 2 I EGHGB ersetzt[1]. Danach finden in Ausgestaltung des Satzes, daß Sonderrecht dem allgemeinen Recht vorgeht[2], die Vorschriften des BGB in Handelssachen Anwendung, sofern im HGB, EGHGB oder in einem handelsrechtlichen Nebengesetz[3] - wie dem AktG seit 1937 oder dem GmbHG - eine spezielle Regelung fehlt. Dem revidierten Handelsrecht steht also ein reichseinheitliches Bürgerliches Recht gegenüber, das jeweils dann heranzuziehen ist, wenn keine Vorschrift des Handelsrechts eingreift.

Diese Neuerung im Verhältnis des Handelsrechts zum Bürgerlichen Recht gewinnt für die AG und die GmbH dadurch Bedeutung, daß in beiden Rechtsgebieten keineswegs jedes entstehende Problem geregelt ist[4]. So fehlt z.B. eine Vorschrift über die Haftung dieser Gesellschaften für ein Verhalten ihrer Organe, durch das Dritte geschädigt werden. Derartige Lücken werfen die Frage auf, ob die Vorschriften der BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff BGB;

---

1) Denkschrift zum HGB II, Hahn-Mugdan, S. 429.

2) Vgl. O. v.Gierke, ArchBürgR 19 (1901), 114, 133.

3) Baumbach-Duden (12. Auflage), Art. 2 EGHGB, Anm. 1.

4) Vgl. für das Aktienrecht Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 1, Rdn. 50.

vgl. auch § 105 HGB) oder die des eingetragenen Vereins (§§ 21 ff BGB) eingreifen.

Bereits kurz nach Inkrafttreten des HGB und des BGB erkannte die h.M.[1], daß die AG und die GmbH durch ihre eigene Rechtspersönlichkeit und ihre körperschaftliche Struktur den juristischen Personen der Vereine näherstehen als der Gesellschaft, der diese Merkmale fehlen. Deshalb ist es heute h.M., daß die AG und die GmbH im Grunde Vereine und auf sie hilfsweise die Vorschriften des BGB-Vereinsrechts anzuwenden sind[2].

Der Ausdruck "Gesellschaft" trifft also nicht das Wesen der AG und der GmbH. Er hat sich aber in der allgemeinen Umgangssprache sowie in der juristischen Fach- und Gesetzessprache eingebürgert, ohne daß daraus Unklarheiten erwüchsen[3].

---

1) Siehe Staudinger-Coing, vor § 21, Rdn. 18 mit Nachweisen für die h.M. und für die Mindermeinung aus der Zeit kurz nach 1900.

2) F ü r d i e A G: Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 1, Anm. 4; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 1, Rdn. 3 ff; Eckardt in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 1, Rdn. 50; Baumbach-Hueck, § 1, Rdn. 2; Brodmann, AktR, § 178, Anm. 4 a; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 116; a.M. Pinner, ZHR 50 (1901), 100, 105 ff; Staub-Pinner, § 178, Anm. 6 a; Schlegelberger-Quassowski, § 1, Rdn. 2; nicht ganz eindeutig Godin-Wilhelmi, § 1, Anm. II 1.

F ü r d i e G m b H: Scholz, § 1, Rdn. 3; Brodmann, GmbHG, § 1, Anm. 3; Baumbach-Hueck, GmbHG, Einl., Anm. 2 A b; Liebmann-Saenger, § 1, Anm. 1; Vogel, § 13, Anm. 1; Wilke-Schaudwet in Handbuch der GmbH, Teil I, Rdn. 48; Feine, S. 53; Lehmann-Dietz, S. 414; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 243; a.M. Schilling in Hachenburg, Allgemeine Einleitung, A, Rdn. 4.

O h n e U n t e r s c h e i d u n g z w i s c h e n A G u n d G m b H: Staudinger-Coing, vor § 21, Rdn. 18.

3) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 1, Anm. 4.

Die Erkenntnis, daß das Vereinsrecht des BGB von Bedeutung für das Aktien- und GmbH-Recht ist, führt zu dem Problem, welche Auswirkungen sich daraus für das Recht der Zivil-AG und der Zivil-GmbH ergeben können. Es stellt sich die Frage, wie das Verhältnis der §§ 21, 22 BGB (nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Verein) zu den fingierten Handelsgesellschaften nach §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG ist.

Ein Teil der Literatur zu Beginn dieses Jahrhunderts vertrat die Meinung, mit Einführung des BGB sei einem Verein die Form der AG für den Fall verschlossen, daß er auf einen anderen als einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet sei[1]. Der "Notbehelf" über das Handelsrecht, den man wegen des kümmerlichen Vereinsrechts in den einzelnen deutschen Privatrechtsordnungen habe beschreiten müssen und der dem "Wesen der Sache" nicht entsprochen habe[2], sei durch das BGB beseitigt. Deshalb sei allein aus den §§ 21, 22 BGB zu entnehmen, unter welcher Rechtsform ein Verein künftig betrieben werden dürfe. Anders als in § 22 BGB seien in § 21 BGB die Worte "in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften" nicht enthalten. Das BGB lasse also nur für Vereine mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb das Erlangen der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Handelsregister nach Aktienrecht (anderes Reichsgesetz) zu. Für Vereine mit nichtwirtschaftlichen Zwecken werde allein die Eintragung in das Vereinsregister als Mittel zum Erreichen der Rechtsfähigkeit zugelassen. Ob dieser für die AG ausgesprochene Umkehrschluß auch für die GmbH zutreffe, blieb mangels entsprechender Aussagen der Vertreter dieser Lehre unklar. Teilweise nahmen deren Gegner dies als Konsequenz an[3], teilweise verneinten sie es wegen § 1 GmbHG[4].

---

1) Simon, ZHR 49 (1900), 1, 8 f; Keyssner, ZHR 49 (1900), 308, 309, FN 2; Fischer-Henle, § 21, Anm. 3; Lehmann-Ring, vor § 178, Nr. 3.

2) Simon, a.a.O..

3) O. v.Gierke, ArchBürgR 19 (1901), 114, 133.

4) Staub, GmbHG, § 1, Anm. 4.

Diese sich auf den Wortlaut der §§ 21, 22 BGB stützende Lehre konnte sich nicht durchsetzen[1] und wird heute[2] ganz überwiegend abgelehnt. Zuzugeben ist der Mindermeinung, daß sie von dem richtigen Ansatzpunkt einer völlig veränderten Stellung des Handelsrechts zum Bürgerlichen Recht ausgeht. Doch lassen sich die daraus gezogenen Folgerungen einer radikalen Verneinung der Zulässigkeit der Zivil-AG und der Zivil-GmbH nicht halten. Zunächst einmal würde, ohne daß ein entsprechender Wille des Gesetzgebers zu erkennen wäre[3], das Aktien- und das GmbH-Recht mit der schwierigen und umstrittenen Frage des Vereinsrechts belastet, was die Merkmale eines wirtschaftlichen Vereins seien[4]. Zum anderen zeigt die Entstehungsgeschichte der §§ 21, 22 BGB deutlich[5], daß deren Wortlaut entweder durch ein Versehen des Gesetzgebers, oder,weil er den Zusatz in § 22 BGB für nicht bedeutsam ansah, seine jetzige Fassung bekam. Ursprünglich bezogen sich die Worte "in Ermangelung reichsgesetzlicher Vorschriften" auf alle Vereine, auch auf die ideeller Art. Erst im Zuge der Auseinandersetzungen über das Normativ- und Konzessionssystem im Vereinsrecht änderte man mehrmals den Wortlaut, ohne eine Bedeutungsänderung des in § 22 BGB verbliebenen Zusatzes zu beabsichtigen.

Der in § 22 BGB gemachte Vorbehalt hat also nur einen verdeutlichenden Sinn[6], nämlich daß vorhandene Sondervorschriften in anderen dem BGB gleichstehenden Gesetzen den allgemeinen

---

1) Wolff, S. 128 f,FN 12; O. v.Gierke, Vereine, S. 4, FN 2 a; Staub, GmbH, a.a.O.

2) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 1, Anm. 4; Staudinger-Coing, § 21, Rdn. 9,m.w.N.

3) Vgl. O. v.Gierke, a.a.O.

4) Siehe dazu Staudinger-Coing, § 21, Rdn. 7 ff; Soergel-Siebert-Schultze = v.Lasaulx, § 21, Rdn. 4; Sack, ZGR 1974, 179, 181 f; Schmidt, ZGR 1975, 477, 481 ff.

5) Zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften siehe im einzelnen die Untersuchung von Riesser, DJZ 1900, 132 f.

6) O. v.Gierke, ArchBürgR 19(1901), 114, 134; siehe auch Pinner, ZHR 50 (1901), 100, 108.

Regeln des Bürgerlichen Rechts vorgehen. Daher vermag auch § 21 BGB diesen allgemeinen Grundsatz nicht auszuschließen, der zudem in Art. 2 I EGHGB für das Verhältnis von Handels- und Gesellschaftsrecht zum BGB seinen besonderen Ausdruck gefunden hat[1]. Als besondere gesetzliche Regeln sind aber die §§ 3 AktG, 13 III GmbHG anzusehen[2], welche auch nach Art. 32 EGBGB nicht aufgehoben worden sind[3]. Dieses Argument erhält dadurch eine erhöhte Bedeutung, daß sowohl der Gesetzgeber der Aktiengesetze 1937 und 1965 sowie der Verfasser des RegE eines GmbHG daran festgehalten haben, die Zivil-AG und die Zivil-GmbH weiter zuzulassen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß auch nach Einführung des BGB die Vereine in der Form der Zivil-AG und der Zivil-GmbH zulässig sind. Zwar stehen die Tätigkeitsbereiche dieser "Gesellschaften" weitgehend neben denen der Idealvereine nach § 21 BGB und überschneiden sich in erheblichem Umfang[4]. Doch hebt dies um so mehr die Besonderheiten der Zivil-AG und der Zivil-GmbH hervor. Allerdings steht hinter diesen Vereinigungen angesichts der Funktionsänderung des HGB zum reinen Kaufmannsrecht und der Subsidiarität der BGB-Vorschriften (Art. 2 I EGHGB) in stärkerem Maße als bei der Handels-AG und der Handels-GmbH das Recht des BGB-Vereins. Das Unbehagen an der Erkenntnis, daß nach seinem Wortlaut das Gesetz die Zivil-AG und die Zivil-GmbH zum Handels- und Kaufmannsrecht schlägt, rechtfertigt nicht deren Unzulässigkeit, läßt es vielmehr allein fraglich erscheinen, sie in jeder Hinsicht dem Kaufmannsrecht zu unterstellen.

---

1) Vgl. Oertmann, vor § 21, Anm. 8 c; Staub-Pinner, § 182, Anm. 19.

2) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, § 1, Anm. 4; O. v. Gierke, ArchBürgR 19 (1901), 114, 133 f; Oertmann, vor § 21, Anm. 8 c; Staudinger-Coing, § 21, Rdn. 9.

3) Staudinger-Riezler (10. Aufl.) vor § 21, Rdn. 16; Pinner, ZHR 50 (1901), 100, 107.

4) Vgl. Loidl, S. 109.

d) Schlußfolgerung und Zusammenfassung

Angesichts der mit Inkrafttreten des BGB und des HGB erfolgten Bedeutungsänderung der Handelsrechtskodifikation selbst sowie des Verhältnisses Handelsrecht-Bürgerliches Recht kann der kurze Hinweis in den Denkschriften zum HGB, § 6 I HGB entspreche Art. 5 I ADHGB[1)], bezüglich der Zivil-AG und der Zivil-GmbH nicht als ausreichend für die Beibehaltung der alten Regelung angesehen werden. Das ergibt sich auch daraus, daß bei der Fassung von § 16 VAG der gegenüber dem ADHGB veränderte Kaufmannsbegriff berücksichtigt wurde und sowohl die Zivil-AG wie die Zivil-GmbH ihre Daseinsberechtigung als Sonderformen des nichtwirtschaftlichen BGB-Vereins haben.

Diese Folgerung wird auch dadurch gerechtfertigt, daß die einzelnen Gründe so, wie sie zur Aufhebung des Sonderrechts der Zivil-AG durch die Aktiennovelle 1870 damals angegeben wurden, ab 1. Januar 1900 nicht mehr gegeben sind. Die lange angestrebte Rechtseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts wurde mit dem BGB erreicht. Es entfiel die Aufgabe des Handelsrechts, hilfsweise auch die Gebilde und Rechtsinstitute in sich aufzunehmen, die an sich zum Bürgerlichen Recht gehörten. Das einheitliche Verkehrsrecht steht im BGB. Lediglich bestimmte Sonderregeln, die sich auf die Eigenarten des handelsgewerblichen Kaufmannslebens beziehen, befinden sich im HGB.

Das Problem der Erwerbszivilaktiengesellschaften, das bis 1870 vor allem bezüglich der Bergwerks- und Hüttenaktiengesellschaften bestanden hatte, war infolge der Neuregelung der HGB-Vorschriften über den Kaufmannsbegriff und die Umstellung auf das subjektive System nicht mehr gegeben. Jede Bergwerks- oder Hütten-AG bzw. GmbH betreibt ein Handelsgewerbe, wenn sie selbstgeförderte Rohstoffe verarbeitet. Sie ist echte Handelsgesellschaft und Kaufmann. Unsicherheiten im Rechtsverkehr, ob diese Handelsgesellschaften tatsächlich Handelsgesellschaften

---

1) Vgl. oben, S. 126 f.

sind, können nicht mehr auftauchen. Ebenso ist ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb in Form der AG oder GmbH Kaufmann nach § 6 I HGB, weil sie als AG oder GmbH echte Handelsgesellschaft ist.

Der Schutz der Verkehrssicherheit wurde 1870 in erster Linie bei der Erwerbszivil-AG angeführt. Hinsichtlich der reinen Zivil-AG berief man sich lediglich insoweit darauf, als man wegen der Art. 271 f ADHGB keine Trennung zwischen den beiden damaligen Arten der Zivil-AG durchführen zu können glaubte[1]. Diese Schwierigkeiten sind jedoch nach dem eben Gesagten ab 1. Januar 1900 entfallen.

Die dogmatischen Bedenken, daß nur Kaufleute und Handelsgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden dürften, können mit der Zulassung der Eintragung des VVaG in das Handelsregister nicht mehr als ausschlaggebend angesehen werden. Wenn dieser wegen seiner Ähnlichkeit mit einer Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden darf, kann es auch nicht mehr der Aufgabe des Handelsregisters widersprechen, fingierte Handelsgesellschaften wie eine Zivil-AG oder eine Zivil-GmbH einzutragen.

Eine Anwendung des Konzessionssystems droht nicht mehr. Die Vorschriften des AktG über die Gründung einer AG sind vom System der Normativbedingungen her geprägt und beziehen sich auf alle Aktiengesellschaften ohne Berücksichtigung von deren Unternehmensgegenstand. Das gleiche ist zur GmbH zu sagen.

Die schon 1870 fragliche Berufung auf die damalige Mindermeinung in der Literatur, jede AG sei von Natur aus Handelsgesellschaft und Kaufmann, vermag auch für die seit dem 1.Januar 1900 eingetretene Situation nicht zu überzeugen. Das Aufkommen der Lehre von STAUB zu § 6 I HGB, der bei der Kommentierung des

---

1) Vgl. oben, S. 112.

ADHGB nicht dieser Meinung war[1], zeigt deutlich, daß für die Literatur und wenig später auch für die Rechtsprechung das Problem der Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG und der Zivil-GmbH wieder akut wurde.

Mit dem Entfallen aller der Kriterien in der Weise, wie sie 1870 zur Einbeziehung der Zivil-AG in das Kaufmannsrecht angeführt und gesehen worden waren, handelt es sich bei den fingierten Handelsgesellschaften der AG und der GmbH nach §§ 3 AktG, 13 III GmbHG, 3 RegEGmbHG allein noch um die Gesellschaften, die nach der Terminologie vor 1900 als Nichterwerbszivil-AG bzw. GmbH anzusehen sind. Diese Gesellschaften hatte man bei der AG im Jahre 1870 notgedrungen mit in die damalige Aktiennovelle einbezogen, um die Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Erwerbszivil-AG nicht zu gefährden. Entgegen den vielfachen Äußerungen, die Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die reine Zivil-AG als damals unvermeidbares Übel anzusehen und nur als Übergangsregelung bis zur Schaffung eines einheitlichen Zivilgesetzbuches in Kauf zu nehmen[2], zog der Gesetzgeber des § 6 I HGB die Problematik der Zivil-AG und der Zivil-GmbH jedoch in seinen Willensakt bei der Gesetzgebung nicht mit ein. Man war sich der entsprechenden Sachverhalte nicht bewußt und machte sich keine Gedanken darüber. Man beließ es bei der seit 1870 bestehenden Regelung des Art. 5 I ADHGB, ohne sich mit dessen Inhalt oder dem der Vorschriften über die fingierten Handelsgesellschaften bei der Zivil-AG und der Zivil-GmbH näher zu befassen. Man bemerkte nicht den Wandel der Normsituation, d.h. der tatsächlichen Verhältnisse, auf die hin die Novellierung des Rechts der Zivil-AG bzw. von Art. 5 I ADHGB im Jahre 1870 erfolgt war.

Ebensowenig wurde beachtet, daß die objektiven Kriterien, also

---

1) Staub, ADHGB, Art. 5, Einleitung und Anm. § 1; Art. 208, Einleitung und Anm. §§ 1, 3; vgl. auch Wolff, S. 130, FN 15.

2) Siehe oben, S. 114, 116 f.

die als maßgeblich erachteten Rechtsprinzipien und Bewertungsgrundsätze, sich mit Inkrafttreten des BGB und des HGB grundlegend geändert hatten. Der Natur der Sache nach fallen die Zivil-AG und die Zivil-GmbH nicht unter den Kaufmannsbegriff kraft Handelsgewerbebetriebs. Sie sind auf nichtkaufmännische Ziele ausgerichtete Vereinigungen, die eine Sonderform des Vereins i.S. von § 21 BGB darstellen. Ihnen entspricht weniger das auf die Besonderheiten des handelsgewerblichen Kaufmannslebens zugeschnittene HGB als das seit dem 1. Januar 1900 reichseinheitliche Bürgerliche Recht. Die Gesamtrichtung der Bewertung im Verhältnis dieses Rechtsgebiets zum Handelsrecht ist gegenüber 1870 eine völlig andere geworden. Die Rechtsprinzipien des Bürgerlichen Rechts werden nicht mehr durch die des Handelsrechts beiseite geschoben oder verdeckt. Sie sind eigenständig und dürfen nicht mehr aus der Betrachtung fortgelassen werden.

Es kommen also insoweit gesehen infolge des Wandels der Normsituation und der objektiven Kriterien zweierlei Möglichkeiten in Betracht:

- trotz § 6 I HGB ist das HGB nicht auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH anzuwenden;
- es bleibt zwar bei der Regelung des § 6 I HGB, jedoch ist bei den einzelnen Vorschriften des HGB zu prüfen, ob ihre Anwendung auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH sinnvoll und sachgerecht ist[1)].

3. Die Rechtssicherheit als Grund für die Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH

Trotz des Wandels der Normsituation und der objektiven Kriterien

---

1) In rechtsmethodischer Sicht würde dies die Frage bedeuten, in welchem Verhältnis bei einer teleologischen Reduktion des § 6 I HGB die Lückenfeststellung und die Lückenausfüllung zueinander stehen (allgemein zum Verhältnis Lückenfeststellung - Lückenausfüllung bei einer teleologischen Reduktion: Canaris, S. 152 ff; Larenz, S. 388 ff).

gegenüber 1870 ist an der Regelung des § 6 I HGB bezüglich der Zivil-AG und der Zivil-GmbH dann festzuhalten, wenn die Anwendung dieser Vorschrift im Rahmen der seit dem 1. Januar 1900 veränderten Rechtsordnung und Rechtsverhältnisse weiterhin sinn- und zweckvoll ist[1)]. Als diesbezüglicher Gesichtspunkt kommt die Rechtssicherheit in Betracht, die 1870 trotz vieler Bedenken in erster Linie zu der Regelung führte, auch der Zivil-AG die Eigenschaft eines Kaufmanns zu verleihen. Die Rechtssicherheit wurde damals als vorrangig gegenüber der "Natur der Sache" und der sachgemäßen sowie gerechten Lösung im Einzelfalle angesehen. Es ist daher zu untersuchen, ob sich 1870 nicht gegebene, nicht berücksichtigte oder damals anders gesehene Gesichtspunkte finden lassen, die als vernünftiger Grund dafür angesehen werden können, daß im Interesse der Rechtssicherheit der Zivil-AG und der Zivil-GmbH die Kaufmannseigenschaft weiterhin zuerkannt wird.

a) Die heutige Verkehrsanschauung

Als Gesichtspunkt für eine etwaige veränderte Bedeutung der Rechtssicherheit in dem eben geschilderten Sinne bietet sich zunächst die zahlenmäßige Entwicklung der Handels- und Zivil-AG (GmbH) und ihres Verhältnisses untereinander an. Zwar läßt sich vielfach nicht mehr die genaue Anzahl der Gesellschaften zu einem bestimmten Zeitpunkt feststellen. Doch lassen sich genügend Anhaltspunkte finden, um Schlußfolgerungen hinsichtlich der jetzigen Verkehrsanschauung über die handelsrechtliche Stellung der Zivil-AG und Zivil-GmbH zu ziehen.

---

1) Vgl. oben S. 134.

aa) Die Zahlenentwicklung aller Gesellschaften in Form der AG und der GmbH

Die Zahl der Aktiengesellschaften betrug Ende 1850 in Preußen 102 Gesellschaften.[1] Weitere Zahlenangaben für Preußen und später für das Deutsche Reich bis Ende 1899 sind, soweit ersichtlich, in der einschlägigen Literatur und in den statistischen Veröffentlichungen nicht vorhanden. Doch kann mit Sicherheit angenommen werden, daß ihre Zahl im Zuge der raschen wirtschaftlichen, industriellen und allgemeinen Entwicklung bei einigen Schwankungen[2] in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stark zunahm.

Mit Wirkung ab 1909 wurde vom Statistischen Reichsamt und ab Mitte der fünfziger Jahre vom Statistischen Bundesamt in gewissen Abständen die Anzahl der Aktiengesellschaften veröffentlicht. Die Entwicklung stellt sich wie folgt dar:

Deutsches Reich:

Ende 1909 [3]		5222 Gesellschaften
Ende 1920 [4]		5657 Gesellschaften
Ende 1924 [5]	rund	17000 Gesellschaften
Ende 1925 [6]		13010 Gesellschaften
Ende 1931 [7]		11966 Gesellschaften
Ende 1938 [8]		5518 Gesellschaften.

---

1) Vgl. oben, S. 89, FN 2.

2) Vgl. etwa den Zusammenbruch vieler Aktiengesellschaften in den sogenannten Gründerjahren (oben, S. 123 f).

3) Wirtschaft und Statistik 1921, S. 330.

4) Wirtschaft und Statistik 1921, S. 330.

5) Wirtschaft und Statistik 1939, S. 236.

6) Wirtschaft und Statistik 1926, S. 323.

7) Wirtschaft und Statistik 1938, S. 199.

8) Wirtschaft und Statistik 1939, S. 238.

Bundesrepublik Deutschland:

Ende 1956 [1]	2549 Gesellschaften
Ende 1965 [2]	2508 Gesellschaften
Ende 1973 [3]	2260 Gesellschaften
Ende 1975 [4]	2189 Gesellschaften.

Diese Zahlen zeigen, daß die Zahl der Aktiengesellschaften im ersten Viertel dieses Jahrhunderts auf rund 17 000 anstieg und danach stark abnahm. Diese Abnahme setzte sich nach dem 2. Weltkrieg bis heute fort. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Bedeutung der AG abgenommen hätte. Von 1957 bis 1967 z. B. nahm das Grundkapital um 22,3 Milliarden DM (81 %) auf 49, 7 Milliarden DM zu[5] und umfaßte Ende 1973 die Summe von 67,3 Milliarden DM[6]. Dies zeigt deutlich, daß man sich der AG vornehmlich bedient, wo großes Betriebskapital für wirtschaftliche und industrielle Vorhaben notwendig ist[7]. Diese "Kapitalansammlungsfunktion"[8] macht deutlich, daß die AG "typischerweise" die Rechtsform für ein "wirtschaftliches Unternehmen" geworden ist[9]. Dabei wurde die kapitalmäßige und wirtschaftliche Funktion angesichts der Abnahme der Zahl der Aktiengesellschaften immer klarer und eindeutiger.

Die Entwicklung der Zahlen der GmbH läßt sich von 1892 bis heute kontinuierlich verfolgen. Sie verlief wie folgt:

---

1) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, Einl. Anm. IV 1 a.
2) Meyer-Landrut, a.a.O. .
3) Wirtschaft und Statistik 1974, S. 192.
4) FAZ vom 7. April 1976, S. 11.
5) Reinhardt, S. 300.
6) Wirtschaft und Statistik 1974, S. 192.
7) Reinhardt, S. 168.
8) Reinhardt, a.a.O. .
9) Raisch, Voraussetzungen, S.218; vgl. zur wirtschaftlichen Bedeutung der AG auch Würdinger, S. 1 ff.

Deutsches Reich:

Ende 1892 [1]	60 Gesellschaften
Anfang 1898 [1]	1830 Gesellschaften
Ende 1904 [1]	7510 Gesellschaften
Ende 1914 [1]	27012 Gesellschaften
Ende 1920 [1]	39152 Gesellschaften
Ende 1924 [1]	70631 Gesellschaften
Ende 1926 [1]	57338 Gesellschaften
Ende 1938 [2]	25625 Gesellschaften .

Bundesrepublik Deutschland:

Ende 1956 [3]	31932 Gesellschaften
Ende 1965 [3]	54072 Gesellschaften
Ende 1967 [3]	67416 Gesellschaften
Ende 1973 [4]	112063 Gesellschaften
Ende 1975 [5]	133382 Gesellschaften .

Aus den Zahlen ergibt sich, daß die Bedeutung der GmbH im Laufe der Zeit immer weiter zugenommen[6] und diese Tendenz sich in letzter Zeit sogar noch deutlich verstärkt hat. Dies gilt auch in kapitalmäßiger Hinsicht. Von 1957 bis 1967 erhöhte sich das Stammkapital von 7,5 Milliarden DM auf 31,1 Milliarden DM[7] und betrug Ende 1973 die Summe von 58,8 Milliarden DM[8].

---

1) Feine, S. 13.
2) Wirtschaft und Statistik 1939, S. 273.
3) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, Einl., Anm. IV 1 a.
4) Wirtschaft und Statistik 1974, S. 193.
5) FAZ vom 7. April 1976, S. 11.
6) Reinhardt, S. 300.
7) Mitteilung des Statistischen Bundesamtes, BB 1968, 472; Reinhardt, a.a.O. .
8) Wirtschaft und Statistik 1974, S. 193.

Damit ist kapitalmäßig die GmbH in die Nähe der AG gerückt, und es wird, falls sich die in den letzten Jahren aufgetretene Entwicklung fortsetzt, damit gerechnet, daß um 1980 beide Gesellschaftsarten kapitalmäßig die gleiche Bedeutung erlangt haben werden[1].

bb) Die zahlenmäßige Entwicklung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH

Schwierig ist es, die zahlenmäßige Entwicklung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH festzustellen, da darüber nur wenige Angaben zu finden sind. Von 1870 bis 1899 gehörten zur Zivil-AG auch die damaligen Erwerbszivilaktiengesellschaften (z.B. Hütten- und Bergwerksgesellschaften). Nach der Aktiennovelle 1870 wurde weiter von vielen Vereinigungen ideeller Art die Zivil-AG als Form des Zusammenschlusses gewählt[2]; ähnliches ist seit 1892 von der Zivil-GmbH zu sagen[3]. Damit stellten die Zivil-AG und die Zivil-GmbH vor 1900 eine beachtliche eigene Gruppe dar.

Seit Beginn dieses Jahrhunderts sind jedoch starke Veränderungen eingetreten. Die früheren Erwerbszivilgesellschaften waren nunmehr echte Handelsgesellschaften in Form der AG oder GmbH und schieden damit aus der Zahl der Zivilgesellschaften aus. Den ideellen Vereinigungen stand zusätzlich die Rechtsform des eingetragenen Vereins offen (§§ 21 ff BGB). Von daher gesehen sind folgende Zahlen für die Zivil-AG interessant, welche in den statistischen Veröffentlichungen als "sonstige Gesellschaften" angesprochen wurden[4]:

---

1) Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG, Einl., Anm. IV 1 a.
2) Vgl. oben, S. 123.
3) Vgl. oben, S. 124.
4) Siehe auch oben, S. 40, FN 6.

Jahr	Gesamtzahl aller AGs	Zahl der Zivil-AGs
Ende 1909 [1]	5222	306
Ende 1919 [1]	5345	340
Ende 1920 [1]	5657	349
Ende 1925 [2]	13010	111

Ab 1926 lassen sich bezüglich der Zivil-AG keine Gesamtzahlen mehr finden. In den einschlägigen statistischen Veröffentlichungen wurden seitdem, soweit ersichtlich, keine Angaben mehr über die Anzahl der "sonstigen" Gesellschaften bei der AG gemacht.

Bei der GmbH lassen sich ebenfalls nur für einen kurzen Zeitraum genaue Zahlen bezüglich der Zivil-GmbH angeben, die wie folgt lauten[3]:

Jahr	Gesamtzahl aller GmbHs	Zahl der Zivil-GmbHs
Ende 1909 [4]	16308	622
Ende 1914	27012 [5]	878 [6]
Ende 1919 [7]	32670	1411
Ende 1920 [7]	39152	1634

Für die Zeit ab 1921 sind, soweit ersichtlich, keine Zahlenangaben bezüglich der Zivil-GmbH in den statistischen Veröffentlichungen und der einschlägigen Literatur mehr gemacht worden.

---

1) Wirtschaft und Statistik 1921, S. 330.
2) Wirtschaft und Statistik 1926, S. 323.
3) Siehe auch oben, S. 40, FN 6.
4) Wirtschaft und Statistik 1921, S. 381.
5) Feine, S. 13.
6) Fränkel, S. 39.
7) Wirtschaft und Statistik 1921, S. 381.

Lediglich die Zahl der Neugründungen von 1900 bis 1923 wurde mit 2268 angegeben[1], ohne daß gleichzeitig mitgeteilt wurde, wieviele dieser Vereinigungen im gleichen Zeitraum sich auflösten bzw. in einen eingetragenen Verein umwandelten.

Welche Zahlenentwicklung bezüglich der Zivil-AG und Zivil-GmbH nach den zwanziger Jahren eingetreten ist, kann im einzelnen nicht gesagt werden. Möglicherweise hatte die im Dritten Reich bestehende politische Vereinsaufsicht, die eine Bevorzugung der GmbH bewirkte[2], auch ein gewisses Ansteigen der Zahl der Zivil-GmbHs zur Folge gehabt. Andererseits ist heute festzustellen, daß ideelle Gesellschaften in Gestalt der AG oder GmbH offensichtlich weniger als früher vorkommen. Soweit bekannt ist, sind heute im Gegensatz zur Zeit bis in die dreißiger Jahre Gruppen wie etwa Studenten oder Freimaurer[3] nicht mehr in einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH zusammengeschlossen.

Neben den Möglichkeiten des Vereinsrechts des BGB ist wahrscheinlich für diese Entwicklung das veränderte Steuerrecht bezüglich der Zivil-AG und Zivil-GmbH von Bedeutung, das von Anfang an eigene Wege ging und den handelsrechtlichen Begriff des Kaufmanns außer acht ließ. Bei der Fassung von Art. 5 I ADHGB war man sich 1870 einig[4], daß trotz Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG diese nicht zur Gewerbesteuer herangezogen werden könne[5]. In dieser Auffassung trat auch mit Inkrafttreten des HGB keine Änderung ein[6]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ging weiter davon aus, daß in steuerlicher

---

1) Feine, S. 20, FN 87.

2) Loidl, S. 3.

3) Vgl. dazu oben, S. 39, FN 5 und S. 40, FN 1.

4) Siehe oben, S. 121.

5) Diese Auffassung wurde bereits bei § 11 III GenG 1868, dem Vorläufer von Art. 5 I ADHGB i.d.F. der Novelle 1870, vertreten (vgl. oben, S. 104 f).

6) Liebmann-Saenger, § 13, Anm. 8.

Sicht eine Berücksichtigung von § 6 I HGB nicht in Frage komme[1]. Die neuere Steuergesetzgebung führte hier einen Wandel herbei. Nach dem heutigen Steuerrecht unterliegen alle AGs und GmbHs unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand den gleichen Steuervorschriften. Allerdings genießt eine AG oder GmbH, die einen gemeinnützigen Zweck verfolgt[2], steuerliche Vergünstigungen[3]. In jüngster Zeit ist es zu einem gewissen Ansteigen der Zahl der Zivil-AG und Zivil-GmbH durch das Inkrafttreten der WPO im Jahre 1961 gekommen. Dieses Gesetz bewirkte, daß sich danach viele Einzelprüfer oder Angehörige einer WP-Sozietät zu WP-Gesellschaften (AG, GmbH) zusammenschlossen[4]. Ähnliches kann trotz fehlender Angaben nach Inkrafttreten des StBerG hinsichtlich der StB-Gesellschaften vermutet werden. Die Zahl der WP-Gesellschaften betrug 1973 zusammen 239 (AG 40; GmbH 199)[5].

Neben den WP- und StB-Gesellschaften gibt es nur noch bezüglich der religiösen Vereinigungen in Form der Zivil-AG oder Zivil-GmbH neuere Angaben. Nach SIEPEN gab es 1963 folgende Zahlen[6]:

---

1) RG, JW 1918, 737 betr. das Warenumsatzstempelgesetz vom 26. Juni 1916; RFH 14, 143 betr. die Rentenbankumlagepflicht nach § 9 der Rentenbankverordnung.

2) Zur Gemeinnützigkeit siehe §§ 17-19 StAnpG und die Gemeinnützigkeitsverordnung vom 24. Dezember 1953 (BGBl.I S. 1592) i.d.F. vom 18. August 1969 (BGBl. I S. 1211).

3) Bei ihnen entfällt z.B. die Veranlagung zur Gewerbe- (§§ 2 II Nr. 2, 3 Nr. 6 GewStG), Körperschafts- (§§ 1 I Nr. 1, 4 I Nr. 6 KStG) und Vermögenssteuer (§§ 1 I Nr. 2, 3 I Nr. 6 VStG). Der Erwerber von Anteilen an einer solchen Gesellschaft braucht keine Gesellschaftssteuer zu zahlen (§§ 2 I Nr. 1, 7 I Nr. 1 KVStG).

4) W. Müller, S. 164.

5) Siehe oben, S. 41.

6) Siepen, S. 330 ff, 344 f.

	Zivil-AG	Zivil-GmbH
Priestervereinigungen	2	23
Brüdervereinigungen	1	4
Schwesternvereinigungen	-	20
zusammen	3	47

Berücksichtigt man bei diesen Zahlen, daß die WP-und StB-Gesellschaften das heute bedeutsamste Beispiel und die religiösen Gesellschaften eine wichtige Untergruppe der Zivil-AG oder Zivil-GmbH darstellen, so wird klar, daß die Zahl der Zivil-AGs und der Zivil-GmbHs heutzutage nur noch gering ist. Die früheren Zahlen werden offensichtlich nicht mehr erreicht; zumindest ist eine stagnierende Entwicklung eingetreten.

Wie das prozentuale Verhältnis zwischen Zivil-AG (Zivil-GmbH) und Handels-AG (Handels-GmbH) aussieht, ist nicht bekannt. Der Prozentsatz von rund 10 v.H.[1] für die Zivil-GmbH bei den GmbHs, die von 1961 bis 1963 im Handelsregister des AG Berlin-Charlottenburg eingetragen wurden, läßt sich nicht verallgemeinern. Es ist zu vermuten, daß im Wirtschaftszentrum West-Berlin nach Inkrafttreten der WPO und des StBerG im Jahre 1961 eine Anzahl neuer WP- und StB-Gesellschaften gegründet wurde[2]. Hinzu kommt, daß West-Berlin Sitz vieler Verbände und Vereinigungen kultureller, sozialer und caritativer Art ist. Es ist daher die Annahme gerechtfertigt, daß im gesamten Bundesgebiet wahrscheinlich weniger als 10 % aller AGs und GmbHs Zivilgesellschaften sind.

cc) Die Auswirkungen der Zahlenentwicklung auf die Verkehrsanschauung über die handelsrechtliche Stellung der Zivil-AG und Zivil-GmbH

Vergleicht man die zahlenmäßige Entwicklung der Zivil-AG (GmbH) mit der zahlenmäßigen Entwicklung der Handels-AG (GmbH), so

---

1) Siehe oben, S. 40.

2) Man denke insoweit auch daran, daß sich in West-Berlin aus steuerlichen Gründen eine große Anzahl von sogenannten Abschreibungsgesellschaften angesiedelt hat.

kann nur in der Zeit zwischen 1870 und 1899 und allenfalls noch bis in die zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts davon gesprochen werden, die Zahl der Zivil-AGs und Zivil-GmbHs und das Verhältnis zur Zahl der Handels-AGs und Handels-GmbHs sei so bedeutsam gewesen, daß die ersten Gesellschaften nicht nur in tatsächlicher, sondern eventuell auch in rechtlicher Sicht gesondert zu betrachten seien. Seitdem haben sich jedoch die Proportionen immer mehr zuungunsten der Zivil-AG und Zivil-GmbH verschoben. Ihr prozentualer Anteil an der Gesamtzahl aller Gesellschaften wurde immer geringer[1)], wenn auch genaue Einzelzahlen nicht angegeben werden können. Das bedeutet, daß rechtlich betrachtet das Eigengewicht dieser Gesellschaften gegenüber der Handels-AG und Handels-GmbH immer geringer wurde.

Das völlige Überwiegen der Handels-AG und Handels-GmbH hat zur Folge, daß diese heute allein im Mittelpunkt der Diskussion stehen, wenn sich breite Kreise der Öffentlichkeit mit Fragen des Handelsgesellschaftsrechts befassen. Man denke etwa an die Auseinandersetzung um die unternehmensrechtliche Mitbestimmung, um die Dividendenausschüttungen, "Hortungen des Kapitals" in der Hand weniger Personen. Alle diese Gesichtspunkte entfallen bei der Zivil-AG und Zivil-GmbH, so daß von ihnen in der allgemeinen Öffentlichkeit kaum Notiz genommen wird. Allenfalls bei übergroßen Defiziten, wie bei der Ausstellung von moderner Kunst der "documenta GmbH" in Kassel im Jahre 1972, wird in den Meinungsmedien ab und zu von einer solchen Gesellschaft berichtet, ohne daß diese als eine besondere Art der GmbH oder AG vermerkt wird.

Damit steht fest, daß sich seit 1870 nicht nur das prozentuale Verhältnis laufend zuungunsten der Zivil-AG und Zivil-GmbH verschoben hat, sondern auch die Anschauungen der allgemeinen

---

1) Ob das auch bezüglich des Gesellschaftskapitals gilt, kann mangels statistischer Angaben nicht gesagt werden.

Öffentlichkeit sich dahin entwickelt haben, daß man bezüglich der rechtlichen Natur einer AG oder GmbH nur noch von der Handels-AG oder Handels-GmbH ausgeht. Die Zivil-AG und die Zivil-GmbH bestehen zwar weiterhin als eigene Gruppe, werden aber als solche fast nicht mehr bemerkt und sind völlig in den Hintergrund getreten. Diese Gruppe ist zur "seltenen Ausnahme"[1] bei der AG und GmbH geworden.

Trotz fehlender Befragungen und sonstiger rechtstatsächlicher Forschungen läßt sich daher berechtigterweise die Schlußfolgerung ziehen, daß die öffentliche Meinung heute bei der Gesellschaftsform der AG und GmbH ausschließlich und automatisch nur noch die Vorstellung von Erwerbsunternehmen hat[2]. Das spezifisch Kaufmännische wird weniger im Unternehmensgegenstand als darin erblickt, daß es sich allein wegen der Rechtsfigur der AG oder GmbH nur um eine Handelsgesellschaft handeln kann. Die Verkehrsanschauung sieht mithin in jeder AG und GmbH, also auch in jeder Zivil-AG und Zivil-GmbH, eine Erwerbsgesellschaft, d.h. eine rein kaufmännische Vereinigung. Damit wird deutlich, daß der Verkehrsschutz eine Gleichbehandlung der Handels-AG (GmbH) mit der Zivil-AG (GmbH) hinsichtlich der handelsrechtlichen Stellung verlangt. Dies läßt sich nur über eine Verleihung der Kaufmannseigenschaft auch auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH erreichen.

b) Die strukturmäßige Gleichheit zwischen der Handels-AG (GmbH) und der Zivil-AG (GmbH)

Als weiterer Gesichtspunkt hinsichtlich der Untersuchung und Prüfung der Rechtssicherheit kommt in Betracht, daß zwischen der Handels-AG (GmbH) und der Zivil-AG (GmbH) eine strukturmäßige Gleichheit besteht. Das wirft die Frage auf, ob ebenfalls diese Gleichheiten eine Gleichbehandlung der handels-

---

1) Vgl. BGH, DB 1976, 428, 429 = NJW 1976, 514.

2) Bücker-Flürenbrock, S. 56.

rechtlichen Stellung der Handels- mit den Zivilgesellschaften bei der AG und GmbH im Interesse der Rechtssicherheit erfordern.

aa) Die Handelsbücher

Wie oben gesehen[1] ist es ein wesentliches Merkmal jeder AG und jeder GmbH, daß sie unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand infolge ihrer Eigenart als Kapitalgesellschaften auf dem System der sachlichen Vermögensbindung beruhen. Im Gegensatz zur höchstpersönlichen Mitgliedschaft in einem BGB-Verein beherrscht die vermögensrechtliche Ausrichtung das Leben der AG und der GmbH, mag sie erwerbswirtschaftliche, soziale, gemeinnützige, auf Forschung ausgerichtete oder sonstige Ziele verfolgen. Diese finanzielle Grundstruktur greift unabhängig davon ein, ob die AG (GmbH) eine Gewinnerzielung anstrebt oder nicht. Die kapitalmäßige Grundlage erfordert es somit, daß die sich auf die Vermögenslage beziehenden Vorschriften des Kaufmannsrechts über die Buchführung und Bilanzaufstellung auch auf die Zivil-AG und die Zivil-GmbH Anwendung finden müssen[2].

Dieser Erkenntnis wurde bereits im preußischen Aktiengesetz vom 8. November 1843 Rechnung getragen. Obwohl nach dessen § 9[3] allein die Handels-AG den kaufmännischen Rechten und Pflichten unterworfen wurde, bestimmte man in dem sich auf die Handels- und Zivil-AG beziehenden § 24 des Gesetzes, daß Bücher über die Vermögenslage der Gesellschaft zu führen und jährlich Bilanzen aufzustellen seien[4]. An dieser Regelung hielt man

---

1) Siehe oben, S. 83 f.

2) Vgl. auch Raisch, Voraussetzungen, S. 219.

3) Siehe oben, S. 89.

4) § 24 preußisches Gesetz vom 8. November 1843:
"Der Vorstand ist schuldig, die zur Übersicht der Vermögenslage erforderlichen Bücher zu führen, auch in den ersten Monaten eines jeden Geschäftsjahres eine Bilanz des Geschäftsvermögens zu ziehen, und in ein dazu bestimmtes Buch einzutragen. Die Bilanz ist der Regierung mitzuteilen, in deren Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat".
In den §§ 25-27 dieses Gesetzes befinden sich weitere Regelungen, die sich auf die Bücher der AG bezogen.

in § 5 Nr. 7 des preußischen Gesetzes vom 15. Februar 1864 über die Zivilaktiengesellschaften fest[1]. Im übrigen galten nach § 2 dieses Gesetzes die Vorschriften des ADHGB entsprechend, welche das Recht der Handelsbücher und der Bilanzführung der Handels-AG regelten. Bezüglich der Buchführung und der Bilanzierung traten deshalb nur geringfügige Änderungen ein, als die Zivil-AG durch die Aktiennovelle 1870 dem Buchführungs- und Bilanzrecht unterworfen wurde, das nach dem ADHGB (Art. 29-40, 239, 240) auf die Handels-AG anzuwenden war.

Angesichts dieser Kriterien ist es geboten, daß die für die echten Handelsgesellschaften geltenden HGB-Vorschriften über die Buchführung, Bilanzierung und Inventarerrichtung auch bei der Zivil-AG und der Zivil-GmbH eingreifen (§§ 38 ff HGB). Dieses Erfordernis fügt sich ein in die im AktG (§§ 148 ff) und im GmbH-Recht (§§ 41 ff, 127 ff RegEGmbHG)getroffenen besonderen und ergänzenden Regelungen über die Buchführungspflichten einer jeden AG oder GmbH, die zum Teil auch auf der Eigenschaft dieser Gesellschaften als Handelsgesellschaften beruhen[2]. Hinzu kommt, daß nur durch eine auch der Zivil-AG (GmbH) auferlegte Beachtung der kaufmännischen Buchführung den Anforderungen des Steuerrechts über die Buchführungspflichten entsprochen wird[3].

---

1) § 5 Ziffer 7 preußisches Gesetz vom 15.Februar 1864:
"I. Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, daß die zur Übersicht der Vermögenslage der Gesellschaft erforderlichen Bücher geführt werden. Er muß den Aktionären spätestens in den ersten 6 Monaten jeden Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorlegen.

II. Die Bücher der Gesellschaft sind während 10 Jahren, von dem Tage der in dieselben geschehenen letzten Eintragung, aufzubewahren. Dasselbe gilt in Ansehung der Geschäftsbriefe, sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen."

2) Vgl. Baumbach-Hueck, GmbHG, § 41, Anm. 2 A.

3) Siehe dazu Baumbach-Duden, § 38, Anm. 2 B; Brüggemann in Großkomm. HGB, vor § 38, Vorbem. 5 (S. 443).

bb) Die Firma

Jede Person und jede Vereinigung bedürfen zur Teilnahme am Rechtsverkehr eines Namens. Der Name eines Kaufmanns ist im Handels- und Gerichtsverkehr die Firma (§ 17 HGB). Selbst Quasikaufleute wie der VVaG treten unter einer Firma auf. Bei der AG und der GmbH ist dies ebenso der Fall. Alle Aktiengesellschaften benutzen unabhängig vom Unternehmensgegenstand eine regelmäßig daraus gebildete Sachfirma. Bei der GmbH kommen sowohl Sach- wie Personenfirmen vor (§§ 4 GmbHG, 4 RegEGmbHG), wobei ein fast ausschließlicher Gebrauch von Sachfirmen bei der Zivil-GmbH zu bemerken ist[1) 2)]. Hinzu kommen die zur Firmierung notwendigen Zusätze "Aktiengesellschaft" (§ 4 I 2, II AktG) bzw. "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (§§ 4 II GmbHG, 4 II RegEGmbHG).

Das abstrakte Erscheinungsbild, daß es sich um eine AG (GmbH) mit einem bestimmten Namen handelt, ist also unabhängig vom Gegenstand des Unternehmens gegeben. Jede AG oder GmbH tritt daher insoweit im Rechtsverkehr gleich auf. Dieses gleiche Erscheinungsbild wurde bereits im preußischen Aktiengesetz vom 8. November 1843 angeordnet, nach dessen § 5 sowohl die Handels- als auch die Zivil-AG eine aus dem Unternehmensgegenstand entnommene Firma benutzen mußten[3)]. Bei dieser Regelung verblieb es

---

1) Alle von Loidl untersuchten Zivil-GmbHs haben aus dem Unternehmensgegenstand abgeleitete Sachfirmen, zum Teil sogar mit dem Zusatz "gemeinnützige" benutzt. Falls man bei den religiösen Zivil-GmbHs den Gebrauch des Namens dieser Vereinigungen (z.B. Herz-Jesu-Priester GmbH, Oberkassel; Franziskanerinnen von den Heiligen Herzen Jesu und Maria GmbH, Paderborn; Missionare vom Hl. Herzen Jesu Norddeutsche Provinz GmbH, Münster; weitere Beispiele bei Siepen, S.311 ff) als Personalfirma ansehen will, so weisen diese Firmen doch zugleich auf den Unternehmensgegenstand dieser Gesellschaften hin.

2) Jede WP- oder StB-Gesellschaft hat neben der Kennzeichnung als AG oder GmbH den Zusatz "Wirtschaftsprüfungs"- bzw. "Steuerberatungsgesellschaft" in ihre Firma aufzunehmen (§§ 31 WPO, 19 StBerG).

3) Siehe oben, S. 90, FN 2.

weitgehend unter der Herrschaft des preußischen Gesetzes vom 15. Februar 1864 über die Zivilaktiengesellschaften, indem nach § 2 des Gesetzes Art. 18 ADHGB (Anordnung der Sachfirma für die Handels-AG) entsprechend anzuwenden war[1]. Infolgedessen trat für die Zivil-AG durch die Aktiennovelle 1870 keine bedeutsame Änderung ein, als Art. 18 ADHGB unmittelbar anwendbar wurde und das gesamte Recht der Art. 15 ff ADHGB ("Von Handelsfirmen") über den damals neugefaßten Art. 5 I ADHGB auch für diese Gesellschaft Geltung erlangte.

Somit ergibt sich, daß bezüglich des Firmenrechts eine Gleichbehandlung aller Gesellschaften in Form der AG oder GmbH aus historischen Gründen wie aus dem Gesichtspunkt der gleichen äußeren Erscheinung als "AG" oder "GmbH" geboten ist. Diese Folgerung stimmt auch mit der obigen Feststellung überein[2], daß in dem gleichen Erscheinungsbild nach der Verkehrsanschauung das spezifisch Kaufmännische einer solchen Gesellschaft liegt, ohne daß es auf den Unternehmensgegenstand ankommt. Selbst wenn auf diesen durch die aus ihm gebildete Sachfirma hingewiesen wird, ist nicht so sehr der handelsgewerbliche Gegenstand entscheidend, sondern in erster Linie, daß es sich um eine AG oder GmbH, also eine in den Augen der Öffentlichkeit immer kaufmännische Gesellschaft handelt. Damit wird deutlich, daß auch auf die Zivil-AG (GmbH) die §§ 17 ff HGB Anwendung finden müssen, soweit es die Besonderheiten des AktG und des GmbH-Rechts über das Firmenrecht gestatten[3].

cc) Das Handelsregister

Die Zivil-AG und die Zivil-GmbH sind ebenso wie die Handels-AG

---

1) Siehe oben, S. 95, FN 3.

2) Siehe oben, S. 169.

3) Bei den WP- und StB-Gesellschaften wird es als ein bedeutsamer Vorteil gegenüber der Sozietät angesehen, daß eine Firma gebildet werden kann, die von Dauer ist und Bestandsschutz genießt (vgl. Lach, S. 141; Sandberger/Müller-Graff, ZRP 1975, 1, 4 f).

und die Handels-GmbH zur Eintragung im Handelsregister anzumelden (§§ 36 ff AktG, 7 ff GmbHG, 16 ff RegEGmbHG). Sie werden beide in Abteilung B des Handelsregisters eingetragen (§ 3 III HRV). Erst mit der Eintragung entstehen die AG (§ 41 I 1 AktG) und die GmbH (§§ 11 I GmbHG, 22 I 1 RegEGmbHG). Durch die Eintragung wird für den Rechtsverkehr gewährleistet, daß jedermann sich über die Verhältnisse der jeweiligen AG oder GmbH informieren kann.

Um diese Information zu ermöglichen, wurde die Eintragung der Zivil-AG in ein öffentliches Register bereits während der Geltung des preußischen Gesetzes vom 15. Februar 1864 gefordert[1]. Das bayerische Gesetz über die Zivilaktiengesellschaften sah die Eintragung in ein bei den Zivilgerichten (Bezirksgerichten) zu bildendes besonderes Register vor[2]. Für die Handels-AG bestand seit Einführung des ADHGB die Pflicht zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Als durch die Aktiennovelle 1870 für die Gründung der Zivil-AG wie der Handels-AG das Konzessionssystem durch das System der Normativbedingungen ersetzt wurde, erreichte man durch die für die Entstehung der Gesellschaft notwendige Eintragung im Handelsregister die insoweit erstrebte Gleichstellung aller Aktiengesellschaften.

Diese Gleichbehandlung der AG unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand wurde weder in der zur Aktiennovelle 1870 erschienenen noch in der späteren Literatur im negativen Sinn kritisiert. Das Fehlen von ablehnenden Stimmen erklärt sich daraus, daß es im Interesse der in das Handelsregister Einsichtnehmenden geboten ist, alle AGs und alle GmbHs in einem einzigen Register zu führen. Man braucht nicht in ein anderes Register einzusehen, wenn sich herausstellen sollte, daß es sich nicht um eine handelsgewerbliche Gesellschaft handelt.

---

1) Keyssner, Aktiengesellschaften, S. 52 ff; siehe auch oben, S. 95, 109 f.

2) Siehe oben, S. 95.

Weiter liegt es nahe, alle Kapitalgesellschaften wegen des Systems der sachlichen Vermögensbindung zusammen in einem Register zu führen. Da die weit überwiegende Zahl dieser Gesellschaften solche mit einem handelsgewerblichen Unternehmensgegenstand sind, kommt dafür nur das Handelsregister in Frage. Die dort erfolgende Eintragung entspricht wegen der vermögensmäßigen Grundlage der Struktur einer Zivil-AG (GmbH) als Kapitalgesellschaft eher als eine etwaige Eintragung im Vereinsregister, da der BGB-Verein auf den personenrechtlichen Beziehungen zu seinen Mitgliedern aufgebaut ist. Dieser grundlegende Gegensatz zur Zivil-AG und Zivil-GmbH würde bei deren Eintragung in das Vereinsregister zu sehr hintangestellt. Mögliche Bedenken gegen ihre Eintragung in das Handelsregister können auch nicht daraus erwachsen, daß es am Betrieb eines Handelsgewerbes fehlt. Davon hat man bereits beim Quasi-Kaufmann des VVaG wegen der Ähnlichkeit mit der gewerblichen Versicherung abgesehen. Auch wirkt sich hier wiederum aus, daß aus der bloßen Eigenschaft als AG (GmbH) bereits auf die handelsrechtliche Stellung geschlossen wird. Gerade daraus, d.h. aus der Eigenschaft als Handelsgesellschaft, läßt sich die Eintragung der Zivil-AG und Zivil-GmbH in das Handelsregister zusätzlich begründen und rechtfertigen.

dd) Zusammenfassende Betrachtung

Es hat sich gezeigt, daß bezüglich der Essentialia des Gesellschaftsvertrages einer jeden AG und GmbH Gemeinsamkeiten bestehen. Diese Mindesterfordernisse sind die Firma, der Unternehmensgegenstand und die kapitalmäßigen Verhältnisse[1)], über welche der Gesellschaftsvertrag immer eine Aussage enthalten muß (§§ 23 III AktG, 3 I GmbHG, 9 III RegEGmbHG). Insoweit besteht eine sachlich

1) Bei der AG: Höhe des Grundkapitals, die Nennbeträge der einzelnen Aktien, Zahl und Gattung der Aktien.
Bei der GmbH: Betrag des Stammkapitals, Höhe der Stammeinlage.

gegebene Gleichordnung der Handels-AG (GmbH) mit der Zivil-AG (GmbH). Deshalb ist es bezüglich des Firmenrechts des HGB (§§ 17 ff), der Eintragung im Handelsregister (§§ 8 ff) und der Vorschriften über das kaufmännische Buchführungs- und Bilanzrecht (§§ 38 ff HGB) geboten, daß in § 6 I HGB auch der Zivil-AG und der Zivil-GmbH die Kaufmannseigenschaft verliehen wird. Im Interesse der Rechtssicherheit sind die Handels-AG (GmbH) und die Zivil-AG (GmbH) gleich zu behandeln. Dies ist vorrangig und ausschlaggebend gegenüber der Tatsache, daß man beim "seltenen Ausnahmefall" der Zivil-AG oder Zivil-GmbH aus der Firma oder aus der Einsichtnahme in das Handelsregister meist ohne weiteres deren nichthandelsgewerblichen Gegenstand erkennen kann.

c) Die freiwillige Unterstellung unter das Handelsrecht und die Kontrollfunktion des § 6 I HGB

Ein naheliegendes Kriterium für eine volle Unterstellung der Zivil-AG und Zivil-GmbH unter das Kaufmannsrecht auf Grund der Rechtssicherheit ist der Umstand, daß man sich seit dem 1. Januar 1900 mit Gründung einer solchen Gesellschaft freiwillig auf das Gebiet des Handelsrechts begibt. Seit dieser Zeit ist das Recht des Zusammenschlusses nichtgewerblicher Art vorwiegend im BGB geregelt. Falls bei einer Vereinigung keine eigene Rechtspersönlichkeit erstrebt wird, kann auf die BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) mit ihren mannigfachen Ausgestaltungsmöglichkeiten zurückgegriffen werden. Wenn die juristische Person erstrebt wird (z.B. aus Gründen der Haftungsbeschränkung, Dauerhaftigkeit, Grundbuchfähigkeit), so steht der BGB-Verein (§§ 21 ff BGB) zur Verfügung. Zwar kann nicht übersehen werden, daß die zu dessen Gründung aufgestellten Erfordernisse - z.B. sind im Gegensatz zur AG (5 Personen, § 2 AktG) oder GmbH (2 Personen)[1] 7 Gründer notwendig (§ 56 BGB)[2] -

---

1) Schilling in Hachenburg, § 2, Rdn. 47; Scholz, § 2, Rdn. 2; § 2 RegEGmbHG.

2) Näheres siehe unten, S. 187.

manchmal nur eine schwer zu überwindende Hürde darstellen oder der BGB-Verein - so etwa bei den WP- und StB-Gesellschaften - als Form des Zusammenschlusses ganz ausscheidet. Doch bedeutet dies nicht, daß man wie in der Zeit bis 1899 gezwungen ist, die Rechtsform der AG oder der GmbH zu wählen. Vielmehr bleibt dies eine freiwillige Wahl, und der Entschluß dazu hat damit notwendig zur Folge, daß man sich ohne Zwang auf das Gebiet des Handelsrechts begibt, also auch sich vergegenwärtigen muß, mit den Maßstäben dieses Rechtsgebiets gemessen zu werden.

Diese Folgerung deutet auch an, daß bei der Zivil-AG und Zivil-GmbH § 6 I HGB eine Kontrollfunktion zukommt. Bis 1870 galt auch für diese Gesellschaften das Konzessionssystem. Durch die staatliche Aufsicht erstrebte man eine Sicherheit für die Kapitalgeber der Gesellschaft und den Rechtsverkehr mit Dritten, um Schwindelvorhaben zu unterbinden oder zumindest zu erschweren. Die Notwendigkeit einer solchen Staatskontrolle, die sich außerdem als sehr hinderlich erwiesen hatte, entfiel durch die Einführung des Normativsystems. Die erforderliche Kontrolle erfolgt seitdem durch die Anwendung des Handelsrechts, wobei sich dies als für die Entwicklung der Zivil-AG und Zivil-GmbH förderlich auswirkte. Es kann daher nicht übersehen werden, daß nur durch die im Vergleich zum BGB meist erhöhten Anforderungen des Kaufmannsrechts und schärferen Vorschriften des HGB der bei einer Kapitalvereinigung notwendige Schutz der Kapitalgeber und des Rechtsverkehrs erreicht wird. Nur so wird dem Erfordernis Genüge getan, daß ohne Staatsaufsicht eine genügende Kontrolle einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH gewährleistet wird[1)].

Die fehlende Staatskonzession bei der Zivil-AG (GmbH) läßt es weiter nicht zu, daß Parallelen zum Recht der selbständigen Stiftungen (§§ 80 ff BGB) gezogen werden können. Diese sind ebenso wie die AG und die GmbH juristische Personen. Sie unterstehen

---

1) K. Lehmann (S. 275) fordert die Staatsgenehmigung, falls eine Gesetzgebung es zuläßt, daß eine Zivil-AG einer Handels-AG entsprechen, nicht aber dem Handelsrecht unterstehen soll.

aber nur dann dem Kaufmannsrecht, wenn es sich um eine sogenannte Unternehmensstiftung im eigentlichen Sinne handelt[1]. Bei dieser stehen nicht wie bei der uneigentlichen Unternehmensstiftung die Stiftung und das handelsgewerbliche Unternehmen als selbständige Rechtseinheiten nebeneinander, indem etwa die Stiftung Anteile an dem unter einer AG (GmbH) betriebenen Handelsunternehmen hält. Vielmehr bilden Stiftung und handelsgewerbliches Unternehmen eine rechtliche und organisatorische Einheit. Die Stiftung ist die Trägerin des Handelsunternehmens und das alleinige im Rechtsverkehr auftretende Rechtssubjekt. Die eigentliche Unternehmensstiftung ist damit Kaufmann i.S. des HGB, da sie selbst ein Handelsgewerbe nach den §§ 1 II, 2, 3 II HGB betreibt[2]. Bei der gleichen Rechtsfigur (Stiftung) ist es mithin für die Verleihung der Kaufmannseigenschaft und die Anwendung des Kaufmannsrechts entscheidend, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird. Doch läßt sich dies nur durch die staatliche Genehmigung erreichen, die zur Gründung jeder Stiftung notwendig ist.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß ein Wählen der Vorteile, welche die Gründung einer Zivil-AG oder Zivil-GmbH bieten, auch zur Folge hat, daß die entsprechenden Nachteile sich nicht umgehen lassen. Dies gilt um so mehr, als nur so der notwendige Verkehrsschutz und die notwendige Kontrolle erreicht werden können.

d) Die Rechtsklarheit und die Praktikabilität des anzuwendenden Rechts

Ein weiteres Argument, daß wegen der Rechtssicherheit keine Einschränkung des § 6 I HGB erfolgen darf, folgt aus dem Prinzip der Rechtsklarheit. Dieser Grundsatz verlangt eine eindeutige

---

1) Näheres dazu siehe bei Ebersbach, S. 33, m.w.N. .

2) Würdinger in Großkomm. HGB, § 33, Anm. 4; Baumbach-Duden, §§ 33-35, Anm. 1 A; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 33, Rdn. 2; Staudinger-Coing, vor § 80, Rdn. 11 a; Ebersbach, S. 165.

Scheidung des anzuwendenden Rechts. Er verbietet es aus Gründen der Praktikabilität, bei der Rechtsanwendung zu unterscheiden und zu prüfen, ob die AG (GmbH) ein Handelsgewerbe betreibt und ob bei dessen Fehlen eventuell einzelne Vorschriften des HGB bei einer Zivil-AG (GmbH) als nicht sachgerechte Lösungen entfallen müssen, etwa weil sie - wie z.B. im 3. Buch des HGB - nur auf die Besonderheiten des handelsgewerblichen Lebens zugeschnitten seien.

Dagegen läßt sich nicht anführen, in § 16 VAG habe es der Gesetzgeber als mit dem Prinzip der Rechtsklarheit vereinbar angesehen, daß nicht von vornherein festgestanden habe, welche Vorschriften des HGB analog zur Anwendung kommen. Bei einer solchen Argumentation wird übersehen, daß es sich beim VAG um ein Spezialgesetz handelt, welches sich nicht verallgemeinern läßt. Außerdem geht es hier nicht um eine analoge, sondern um die direkte Anwendung des HGB. Schließlich ist es von entscheidender Bedeutung, daß der Gesetzgeber in § 16 VAG es bewußt der Rechtsprechung und Lehre überließ, die entsprechende Anwendung einzelner Vorschriften des HGB gemäß den Eigentümlichkeiten des VAG und der Versicherung auf Gegenseitigkeit herauszuarbeiten. Die zu Beginn der Geltung von § 16 VAG möglichen Unklarheiten sind dann schnell durch die praktische Rechtsanwendung entfallen und seit langem nicht mehr gegeben.

Eine solche vom Gesetzgeber bei Inkrafttreten eines Gesetzes bewußt eröffnete Möglichkeit, ob und welche Vorschriften des HGB auf eine bestimmte Vereinigung passen, ist jedoch bei §§ 6 I HGB, 3 AktG, 13 III GmbHG (§ 3 RegEGmbHG), in der WPO und im StBerG zu keiner Zeit gegeben gewesen. Dort ist kein Raum für eine Prüfung eröffnet und freigelassen worden, ob auf eine Zivil-AG oder Zivil-GmbH die einzelnen Vorschriften des HGB sinngemäß zugeschnitten sind. Vielmehr ist pauschal und geschlossen ausgesprochen, daß an diese Gesellschaften die Kaufmannseigenschaft voll und in jeder Beziehung verliehen wird.

Die Geltungsdauer von über 75 bzw. 100 Jahren der in § 6 I HGB erfolgten Regelung läßt auch den möglichen Einwand als nicht relevant erscheinen, daß sich einzelne Personen, wenn man einmal von der heutigen Verkehrsanschauung absieht, nach Kenntnisnahme von der Tätigkeit einer AG (GmbH) durchaus Gedanken machen werden, ob deren Unternehmensgegenstand ein Handelsgewerbe darstellt. Es ist sogar anzunehmen, daß im Regelfall jemand, der vom Betreiben eines Kinderheimes, einer Forschungsaufgabe, einer kirchlich-caritativen Tätigkeit, der Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungsaufgaben usw. Kenntnis nimmt, meist von selbst von einer nichtgewerblichen Tätigkeit ausgehen wird. Auch dürfte weitgehend bekannt sein, daß etwa die Unterhaltung einer Kunstausstellungs-GmbH für die allgemeine Öffentlichkeit[1] oder die Ausbildung von Helfern für die unterentwickelten Länder[2] sich nach anderen als handelsgewerblichen Grundsätzen vollzieht. Doch treten diese Gesichtspunkte gegenüber dem Umstand in den Hintergrund, daß diese Tätigkeit in der Form einer kaufmännischen Vereinigung erfolgt, auf welche das Handelsrecht ohne Rücksicht auf den Unternehmensgegenstand ausdrücklich voll anzuwenden ist.

Da es bei § 6 I HGB um das Auftreten der von Natur aus handelsrechtlichen Vereinigungen der AG und der GmbH geht, lassen sich weiter nicht von der Lehre über den Scheinkaufmann (§ 5 HGB) her Einwendungen vorbringen. Diese Vorschrift greift nur ein, sofern ein "Gewerbe" betrieben wird. Fehlt es daran, so ist für eine Anwendung des zum Schutze des Rechtsverkehrs dienenden § 5 HGB kein Raum[3]. Der entsprechende Rechtsschein, der durch das Betreiben

---

1) Z.B. documenta GmbH in Kassel, weitere Beispiele siehe Loidl, S. 101 f.

2) Z.B. durch die Deutsche Gesellschaft für wirtschaftliche Zusammenarbeit (Entwicklungsgesellschaft) mbH in Köln; näheres siehe Loidl, S. 92 f.

3) So die heute ganz h.M.: BGHZ 32, 307, 313 f; Brüggemann in Großkomm. HGB, § 5, Anm. 2; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 5, Rdn. 6 a; Baumbach-Duden, § 5, Anm. 1 Bb und 1 Ca; Capelle, S. 23; Gierke-Sandrock, S. 164 f; a.M. Ehrenberg, Handbuch, S. 133 ff; J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 68.

eines Gewerbes erzeugt wird und auf den man vertrauen darf[1], ist die Voraussetzung der Anwendung des Handelsrechts. Doch es geht hier nicht um den Rechtsschein, der durch das Betreiben eines Gewerbes hervorgerufen wird, sondern um den Rechtsschein, welcher im Auftreten einer Gesellschaft in Form einer AG oder GmbH liegt. In dieser Hinsicht erfolgt die Verleihung der Kaufmannseigenschaft, ohne daß es auf das Betreiben eines Handelsgewerbes ankommt. Aus diesem Grunde kann ebenfalls nicht auf die von STAUB stammende Lehre vom nichteingetragenen Scheinkaufmann zurückgegriffen werden, wonach nur der sich als Kaufmann behandeln lassen muß, der ein Handelsgewerbe oder Gewerbe betreibt[2].

Bei der AG oder GmbH ist also nicht die Feststellung entscheidend, ob ihr Unternehmensgegenstand ein Handelsgewerbe darstellt. Vielmehr ist ausschlaggebend, daß es sich um eine Vereinigungsform handelt, die im Handels- und Kaufmannsrecht angesiedelt und geregelt ist. Auf sie muß einheitlich das gesamte Kaufmannsrecht Anwendung finden, um zu einer klaren und unzweideutigen Rechtsanwendung zu kommen.

e) Zusammenfassung und Ergebnis der Arbeit

Die Untersuchung der verschiedenen Gesichtspunkte, welche hinsichtlich der Rechtssicherheit eine Rolle spielen, hat gezeigt, daß trotz der gegenüber 1870 veränderten Umstände ebenfalls nach Inkrafttreten des BGB und des HGB am 1. Januar 1900 überzeugende und maßgebliche Gründe dafür vorhanden sind, die Zivil-AG und die Zivil-GmbH voll dem Kaufmannsrecht zu unterstellen. Die zahlenmäßige Entwicklung der AG und der GmbH ist dahin gegangen, daß die Anzahl der Handels-AGs und der Handels-GmbHs völlig überwiegt und diese Gesellschaften allein die Verkehrsanschauung über die handelsrechtliche Stellung einer AG und GmbH prägen. Die Zivil-AG und die Zivil-GmbH sind zu einer seltenen und untergeordneten Ausnahme geworden, so daß eine gesonderte Behandlung

---

1) Ist also z.B. ein Künstler im Handelsregister eingetragen, so ist er auch bei Benutzung einer Firma nicht als Kaufmann zu behandeln (Brüggemann, a.a.O.).

2) Siehe dazu Brüggemann in Großkomm. HGB, § 5, Anhang.

ihrer Stellung im Handelsrecht nicht mehr zulässig ist. Hinzu kommt, daß bei der gesellschaftlichen Grundstruktur in vielerlei Hinsicht (Handelsbücher, Firma, Handelsregister) eine sachliche Gleichordnung zwischen der Zivil-AG (GmbH) und der Handels-AG (GmbH) besteht, die von jeher eine rechtliche Gleichbehandlung mit sich brachte.

Nicht übersehen läßt sich weiter, daß man seit dem 1.Januar 1900 mit Gründung einer Zivil-AG und Zivil-GmbH sich freiwillig einer im Handelsrecht angesiedelten Vereinigungsform bedient und eine im Kaufmannsrecht geregelte Art des Vereins wählt. Konsequenterweise müssen dann neben den Vorteilen, die man erstrebt, auch die Nachteile in Kauf genommen werden, welche in den im Vergleich zum BGB oft strengeren Anforderungen des Handelsrechts liegen. Nur so kann die Kontrolle erreicht werden, die nach Aufhebung des Konzessionssystems notwendig geworden ist. Die Rechtsklarheit und die Praktikabilität des angewendeten Rechts gestatten es angesichts der langen Geltungsdauer der in § 6 I HGB getroffenen Regelung nicht, eine Aufteilung des Handelsrechts und eine Prüfung vorzunehmen, ob und welche Vorschriften des HGB auch auf eine Zivil-AG oder Zivil-GmbH zugeschnitten sind. Vielmehr folgt aus der gewählten Rechtsform der Vereinigung als AG oder GmbH, daß damit eine volle Unterstellung unter das Kaufmannsrecht ohne Rücksicht auf den Unternehmensgegenstand verbunden und gerechtfertigt ist.

Die Rechtssicherheit, die bereits 1870 vorwiegend für die damals erstmals angeordnete Regelung der Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Zivil-AG (Zivil-GmbH) maßgeblich war, verlangt also weiterhin, daß nicht von der "Natur der Sache" als nichthandelsgewerbliche Vereinigung oder der "sachgerechten Lösung" im Einzelfall her die handelsrechtliche Stellung dieser Gesellschaften gesehen wird. Sie ist diesen Gesichtspunkten gegenüber vorrangig und stellt die ratio legis dafür dar, daß durch die generelle Regelung des § 6 I HGB ebenfalls an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH die Kaufmannseigenschaft verliehen wird und das Kaufmannsrecht in jeder Hinsicht auch auf diese Gesellschaften anzuwenden ist.

Dies gilt nicht nur für die Vorschriften des Kaufmannsrechts innerhalb des HGB, sondern auch für die Vorschriften, die außerhalb dieses Gesetzes Sondervorschriften für Kaufleute aufstellen. Der Begriff des Kaufmanns wird zwar vom HGB zunächst nur für dieses Gesetz und das EGHGB bestimmt[1], doch kommt dieser Begriffsbestimmung keine Ausschließlichkeit zu[2]. So sind nach Art. 3 EGHGB für die vor dem HGB erlassenen Gesetze, sofern sie den Kaufmannsbegriff des ADHGB verwandten, die entsprechenden Vorschriften der §§ 1 ff HGB getreten. Das ist z.B. der Fall bei § 8 des Abzahlungsgesetzes von 1894[3]. Aber auch für das gleichzeitig mit dem HGB in Kraft getretene BGB kann der Kaufmannsbegriff bedeutsam werden. So ist anerkannt, daß in § 196 I Nr. 1 BGB bei Verjährung gewisser Ansprüche von "Kaufleuten" die Kaufleute i.S. des HGB gemeint sind[4]. Bei den nach dem HGB erlassenen Gesetzen, die sich auf "Kaufleute" beziehen, muß aus dem Sinn und Zusammenhang dieser Vorschriften ermittelt werden, was das jeweilige Gesetz darunter versteht[5]. Dabei ist im Zweifel ebenfalls der Kaufmannsbegriff des HGB maßgebend[6].

Als Schlußergebnis ergibt sich damit, daß der von WOLFF begründeten h.M. hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft der Zivil-AG und der Zivil-GmbH zu folgen ist. Die Bedenken, die sich durchaus vorbringen und nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen, sind nicht stichhaltig gegenüber der vorrangigen Rechts-

---

1) Vgl. den Wortlaut des § 1 HGB "Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist ...".

2) Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan, § 1 Rdn. 1; Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 3.

3) Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.Mai 1894 (RGBl. S. 540).

4) RGZ 130, 233, 234 f; BGHZ 63, 32; Erman-Hefermehl, § 196, Rdn. 3; Palandt-Danckelmann, § 196, Anm. 4 a.

5) Brüggemann in Großkomm. HGB, § 1, Anm. 3.

6) Brüggemann, a.a.O..

sicherheit, die sich als der eigentliche und ausschlaggebende Sinn und Zweck dafür darstellt, daß auf Grund des § 6 I HGB auch an die Zivil-AG und die Zivil-GmbH die Kaufmannseigenschaft verliehen wird. Dies ist von Bedeutung für die Vorschriften des Kaufmannsrechts innerhalb und außerhalb des HGB. Hinsichtlich aller in der Einleitung zu dieser Arbeit angesprochenen Beispielsfälle ist die Entscheidung nach der Vorschrift zu treffen, die als Sonderregelung des Kaufmannsrechts getroffen wurde.

C. Anhang

§ 6. Betrachtungen de lege ferenda über die Zulassung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH

Das Nebeneinander von Zivil-AG und Zivil-GmbH und von nichtwirtschaftlichen Vereinen nach § 21 BGB[1] sowie die Schwierigkeiten hinsichtlich der kaufmännischen Stellung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH geben immer wieder zu der Diskussion Anlaß, ob nicht de lege ferenda die AG und die GmbH nur noch für die Handels-AG und die Handels-GmbH zugelassen werden sollte. So forderte FLECHTHEIM[2] die Beschränkung der AG auf die Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Ziele. Gleiches verlangte mit großem Nachdruck C. FISCHER für die GmbH[3]. Schließlich trat in jüngster Zeit DUDEN[4] allgemein dafür ein, die Handelsgesellschaften und die BGB-Vereine nur noch für die Zwecke einzusetzen, auf die sie zugeschnitten und die ihnen wesensgemäß seien. Zugeschnitten aber seien die Handelsgesellschaften auf die Erwerbsunternehmen und die BGB-Vereine auf das Verfolgen nichtgewerblicher Zwecke.

Diese Forderungen an den Gesetzgeber erfordern eine Untersuchung, ob und ggfs. welche Gesichtspunkte für ein Beibehalten der Zivil-AG und der Zivil-GmbH neben den BGB-Vereinen sprechen. Auszugehen ist dabei von einem Vergleich der Vor- und Nachteile aller dieser Vereinigungsformen. Dieser Vergleich läßt sich allerdings weitgehend nur im Verhältnis Verein-Zivil-GmbH durchführen, da nur insoweit mit der Arbeit von LOIDL eine rechtstatsächliche Untersuchung vorliegt. Ein unklares und schiefes

---

1) Im folgenden "Verein" genannt.

2) Im Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 39.

3) C. Fischer, S. 112 f; vgl. auch die §§ 2, 84 I Nr. 5 des von ihm ausgearbeiteten Entwurfs eines neuen GmbH-Gesetzes (S. 128, 147).

4) Duden, JZ 1968, 1, 5.

Bild vermag durch diese Beschränkung nicht zu entstehen, da die Bedeutung und die Anzahl von Zivil-GmbHs in der Praxis weitaus höher liegen als die der Zivil-AGs[1]. Zudem läßt sich auf diese ein großer Teil der zur Zivil-GmbH erfolgenden Argumentation übertragen.

Die Unterschiede zwischen einem BGB-Verein und einer Zivil-GmbH sollen am Beispiel der "Vereinigung Blühendes Barock Gartenschau Ludwigsburg GmbH" in Ludwigsburg bei Stuttgart deutlich gemacht werden[2]. Diese GmbH unterhält die Park- und Gartenanlagen, die zum Ludwigsburger Schloß gehören. Sie sind der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Darüber hinaus dienen die Anlagen als Lehr- und Versuchsobjekte für Schulen, Hochschulen und sonstige interessierte Kreise in Baden-Württemberg. Dieses Bundesland und die Stadt Ludwigsburg sind zu gleichen Teilen Halter des Stammkapitals von DM 120.000,-. Die als gemeinnützig anerkannte Gesellschaft erhält zur Aufrechterhaltung ihres "Unternehmensgegenstandes" öffentliche Gelder. Die Rechtsform der GmbH wurde gewählt, da bei einem unselbständigen gemeindlichen Eigenbetrieb sich eine unmittelbare Beteiligung des Landes als finanzkräftigem Zuschußgeber nicht hätte bewerkstelligen lassen[3].

Diese Zusammenarbeit von Stadt und Bundesland hätte nur schwerlich in einem BGB-Verein erfolgen können. Zwar besteht bei Verein wie GmbH und in allerdings geringerem Umfang auch bei

---

1) Vgl. oben, S. 40 f, 163 ff; siehe auch Raisch, Voraussetzungen, S. 219.

2) Siehe zu dieser Gesellschaft im einzelnen, Loidl, S. 102.

3) Ähnliche Erwägungen spielten bei der Gründung der "documenta GmbH" in Kassel, die internationale Ausstellungen aus dem Bereich des gegenwärtigen Kunstlebens durchführt, oder bei der "Berliner Festspiel GmbH" eine Rolle, welche die jährlichen Filmfestspiele oder sonstige Festwochen veranstaltet. Die "documenta GmbH" ist eine Gemeinschaftsgründung der Stadt Kassel und des Landes Hessen, während in Berlin das Land Berlin und die Bundesrepublik Deutschland als Gesellschafter fungieren (näheres bei Loidl, S. 101 f).

der AG eine große Freiheit bei der Ausformung des Vereinigungsstatuts. Doch verhindern in vielen Fällen - wie etwa in Ludwigsburg - die Vorschriften des BGB über die Zahl der zu beteiligenden Personen die Wahl der Rechtsform des Vereins. Zu dessen Gründung sind 7 Mitglieder notwendig (§§ 59, 60 BGB). Sinkt die Mitgliederzahl unter 3, so ist dem Verein die Rechtsfähigkeit zu entziehen (§ 73 BGB). Wollen sich also weniger als 7 Personen nicht nur zu einer BGB-Gesellschaft, sondern zu einer juristischen Person mit eigener Rechtspersönlichkeit zusammenschließen, bleibt ihnen die Gründung eines Vereins von vornherein verwehrt. Ihnen steht allein die AG[1] oder GmbH[2] offen, wobei beide Vereinigungen sich nach Gründung auch zur Einmanngesellschaft wandeln können.

Als Ausweg bietet sich auch nicht an, durch Vorschieben von Strohmännern den BGB-Vorschriften über die Mitgliederzahl Genüge zu tun. Das hätte den Nachteil, daß man zur Erledigung der anfallenden Aufgaben mehr mitbestimmende Personen heranziehen müßte als gebraucht werden[3]. Eine Beschränkung der Rechte der Mitgliederversammlung auf geringfügige Kontrollfunktionen durch die Vereinssatzung läßt sich nicht durchführen. In gewissem Umfang muß dem Verein die Befugnis zu eigener Rechtssetzung und Selbstverwaltung als Grundlage der Vereinsautonomie bleiben[4]. Darüber hinaus hat der Vereinszusammenschluß der Verfolgung gemeinschaftlicher Zwecke zu dienen und nicht nur solchen, die allein einem Mitglied oder einzelnen Mitgliedern dienen[5].

---

1) Mindestgründerzahl 5 Personen (§ 2 AktG).

2) Mindestgründerzahl 2 Personen (Schilling in Hachenburg, § 2, Rdn. 47; Scholz, § 2, Rdn. 2; § 2 RegEGmbHG).

3) Loidl, S. 109, m.w.N..

4) LG Siegen, Rpfleger 1964, 267 f; siehe auch Staudinger-Coing, vor § 21, Rdn. 14.

5) Palandt-Danckelmann, § 21, Anm. 2 a.

Wie LOIDL festgestellt hat, ist es ein Kennzeichen der Zivil-GmbH, daß ein großer Teil der Gesellschaften dieser Art drei oder weniger Gesellschafter hat. Die Funktionseinrichtungen[1] und bei den Förderungsvereinigungen die Forschungsgemeinschaften[2] sind sogar regelmäßig Einmanngesellschaften. Bei den Gesellschaften der öffentlichen Hand, die sich bei Benutzung von privatrechtlichen Vereinigungsformen fast ausschließlich der GmbH bedient[3], richtet sich die Zahl der Gesellschafter nach der Zahl der beteiligten Körperschaften[4]. Ähnliche Feststellungen lassen sich bei den Förderungsvereinigungen feststellen, an denen private Verbände beteiligt sind[5].

Doch selbst bei sieben oder mehr Mitgliedern einer zu gründenden Zivil-GmbH[6] scheidet die Form des rechtsfähigen Vereins oft aus, weil anders als bei der GmbH die Satzungsvorschriften über die Vereinsmitgliedschaft zu wenig den Einzelerfordernissen angepaßt werden können. Im Gegensatz zur GmbH und teilweise auch der AG ist der Verein von vornherein auf einen wechselnden Mitgliederbestand ausgerichtet[7]. Die Schwankungen in seiner Mitgliederzahl sind oft beträchtlich. Der Ein- und Austritt kann formlos erklärt werden. Die Vereinsmitgliedschaft ist ein persönliches Rechtsverhältnis (vgl. § 38 BGB), welches das unbeschränkte Eingehen von längeren Bindungen ausschließt. Die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen (§ 39 II BGB). Eine Pflicht zur Leistung von Kapitalbeteiligungen besteht nicht.

---

1) Z.B. betriebliche Unterstützungskassen, Erholungsheime von Firmen (Loidl, S. 37-48, 116).

2) Loidl, S. 57 ff, 116.

3) Loidl, S. 117.

4) Über die Vorteile der GmbH gegenüber den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen siehe Loidl, S. 117 f. Beispiele: Deutsche Gesellschaft für wirtschaftliche Zusammenarbeit (Entwicklungsgesellschaft) mbH in Köln, deren Alleingesellschafter die Bundesrepublik Deutschland ist (Loidl,S.92); Berufsförderungswerk Hamburg Werkstätten für Erwerbsbehinderte GmbH, welches das größte Rehabilitationszentrum in Norddeutschland unterhält und deren Alleingesellschafterin die Stadt Hamburg ist (Loidl, S.99 f); Studentenwohnheim der Stadt Mannheim GmbH, deren Alleingesellschafterin die Stadt Mannheim ist (Loidl, S.104).

5) Loidl, S. 116.

6) Beispiele bei Loidl, S.116 f.

7) RGZ 143, 212, 213; Lehmann-Hübner, S. 442.

Bei der AG und GmbH wird dagegen eine größere Kontinuität gewährleistet. Jeder Gesellschafter der GmbH hat eine Stammeinlage zu leisten. Der Wechsel der Mitgliedschaft wird durch die vorgeschriebene notarielle Form bei der Übertragung des Geschäftsanteils erschwert (§§ 15 III GmbHG, 52 I RegEGmbHG). Die Neuaufnahme ist an den Erwerb eines Anteils am Stammkapital gebunden. Ähnlich setzt bei der AG der Eintritt den Erwerb und der Austritt die Veräußerung einer Aktie voraus. Gerade wegen dieser oft bei der Zivil-AG und der Zivil-GmbH erwünschten Erschwernisse bezüglich des Gesellschafterwechsels[1] werden diese Vereinigungsformen nicht selten denen des Vereins vorgezogen[2].

Im Gegensatz zur Handels-GmbH[3] bildet zudem bei der Zivil-GmbH die Mitgliedschaft von juristischen Personen des privaten oder öffentlichen Rechts den Regelfall[4]. Diese haben naturgemäß überhaupt kein oder nur ein geringes Schwanken ihres Gesellschafterbestandes zu verzeichnen, so daß die Vorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts überhaupt nicht als belastend empfunden werden können. Zum Teil erhofft man sich auch, durch die erschwerte Übertragung der Mitgliedschaft eine stärkere Bindung an die Gesellschaft zu erreichen[5]. Verstärkt wird dies dadurch, daß bei der GmbH die Vorschrift des § 39 II BGB über die Länge der Kündigungsfristen nicht eingreift. Dadurch können festere Bindungen über längere Zeiten eingegangen werden, die etwa bei Gründung von Forschungsgemeinschaften, Unterrichtsstätten, zulässigen Kartellen usw.[6] von großer Bedeutung sind.

---

1) Loidl, S. 110.

2) Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 14; Scholz, § 1, Rdn. 7; Bücker-Flürenbrock, S. 54 f.

3) An 23 % der von Jutta Limbach untersuchten GmbHs waren juristische Personen beteiligt, und zwar 22 % solche des Privat- und 1 % solche des öffentlichen Rechts.

4) Loidl, S. 117.

5) Loidl, S. 110.

6) Loidl, S. 111.

Ein bedeutsamer Unterschied des Vereins- vom GmbH-Recht tritt weiter dadurch zutage, daß beim Austritt aus einem BGB-Verein die zuweilen recht hohen Beitragsleistungen verloren sind. Bei Beteiligung an einer GmbH besteht dagegen die Möglichkeit, durch Veräußerung des Kapitalanteils einen Erlös zu erlangen, wenn auch bei der Zivil-GmbH der Verkaufspreis ab und zu in der Satzung auf den Neuwert begrenzt ist[1]. Die beim Ausscheiden oft erforderlichen Erhöhungen oder Herabsetzungen des Stammkapitals werden teilweise bei den Zivil-GmbHs durch entsprechende Vorsorgeklauseln in den Satzungen vermieden. Es werden sogenannte Vorratsgeschäftsanteile geschaffen, die treuhänderisch gehalten werden[2].

Trotz aller Vorsorgemaßnahmen gegen einen Gesellschafterwechsel vermag sich jedoch die GmbH nicht völlig gegen das Eindringen unerwünschter Dritter zu schützen. Anders als bei der höchstpersönlichen und deshalb unpfändbaren Vereinsmitgliedschaft (§§ 38 BGB, 851 I ZPO) kann der Geschäftsanteil an einer GmbH gepfändet werden. Doch kommt dieser Möglichkeit angesichts der oftmaligen Rechtsqualität der Gesellschafter als juristischer Personen und der Gemeinnützigkeit vieler Zivil-GmbHs nur geringe Bedeutung zu[3].

Neben den mit der Mitgliedschaft zusammenhängenden Kriterien weisen auch andere Gesichtspunkte darauf hin, daß im Einzelfall der Zusammenschluß zu einem Verein nicht erfolgen kann oder untunlich ist. So kommt es z.B. vor, daß in einer Gemeinde zwei Sportvereine bestehen, die allein zu finanzschwach sind, um eine Wettkampfstätte zu errichten. Gründen sie gemeinsam eine Sportstätten-GmbH, so wird es möglich, den Bau durchzuführen,

---

1) Loidl, S. 110.

2) Loidl, S. 110. Zu den entsprechenden Regelungen bei den klösterlichen Verbänden in Form der GmbH siehe Siepen, S. 295, 364 ff.

3) Vgl. Loidl, S. 110.

ohne die Eigenständigkeit des jeweiligen Vereinslebens aufgeben zu müssen[1].

Nichtrechtsfähigen Vereinigungen bietet die Gründung einer Hilfsgesellschaft in Form der Zivil-AG oder der Zivil-GmbH manchmal den einzigen Weg, damit eine Grundbucheintragung bei einem Grundstück erfolgen kann[2]. Teilweise ist die fehlende Rechtsfähigkeit solcher Vereinigungen historisch bedingt[3], teilweise durch die heutige Rechtsordnung hervorgerufen. Art. 140 GG gewährt zwar i.V.m. Art. 137 WV allen Vereinigungen mit religiösen Zielsetzungen die Möglichkeit zur Bildung von privatrechtlichen Vereinigungen[4]. Doch wird von der staatlichen Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit nicht anerkannt, die nach Kirchenrecht kirchlichen Orden zusteht[5]. Deshalb benötigen diese Gemeinschaften ein Rechtsstatut, das ihnen die Teilnahme am außerkirchlichen Rechtsverkehr sichert. Dabei entscheidet man sich dann nicht selten für die GmbH[6] und nicht den Verein, um das Armutsgelübde der Ordensangehörigen nicht zu verletzen[8].

---

1) Vgl. die VfR/KSV Sportstätten GmbH in Mannheim (Loidl, S.115 f).

2) Siehe auch Baumbach-Hueck, § 1, Anm. 1.

3) So hat der aus historischen Gründen nichtrechtsfähige DGB in Düsseldorf die "Vermögensverwaltungs- und Treuhandgesellschaft des Deutschen Gewerkschaftsbundes mbH" gegründet. Diese ist wiederum Alleingesellschafterin der Gesellschaft "Wirtschaftswissenschaftliches Institut der Gewerkschaften GmbH (WWI)" in Köln, das Forschungen und Gutachten im Bereich der Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften durchführt (Loidl, S. 60 f).

4) Schilling in Hachenburg, § 1, Rdn. 18; Scholz, § 1, Rdn. 7.

5) Siepen, S. 266 f; Loidl, S. 104.

6) Nicht gemeint sind hier die wirtschaftlichen Nebenbetriebe eines Klosters, die oft als rechtlich-selbständige Nebenbetriebe mit eigener Rechtsnatur betrieben werden (z.B. Klosterbrauerei AG).

7) Siehe im einzelnen Siepen, S. 292, 294.

8) Meist werden die Stammanteile vom klösterlichen Verband aufgebracht und die Geschäftsanteile nur fiktiv den Gesellschaftern oder einem Alleingesellschafter überwiesen (Siepen, S. 294).

Weiter ist nicht zu übersehen, daß die Rechtsform der AG und GmbH auch noch andere Lücken im gegenwärtigen Vereinigungsrecht füllt. Für den Zusammenschluß von Freiberuflern zur gemeinsamen Berufsausübung unter einer juristischen Person fehlt eine den Eigenheiten der eigenverantwortlichen und selbständigen Tätigkeit entsprechende arteigene Gesellschaftsform[1]. Die gesetzgeberische Arbeit an einem Partnerschaftsgesetz[2] oder die Ausarbeitung von Vorschriften über die Handelsgesellschaften auf Einlagen[3] sind bisher nicht über das Planungsstadium hinausgekommen. Es besteht wenig Aussicht auf ein absehbares Inkrafttreten entsprechender Gesetze[4]. Um eine Haftungsbeschränkung zu erreichen, blieb daher z.B. dem Gesetzgeber der WPO und des StBerG nichts anderes übrig, als StB- und WP-Gesellschaften in der Rechtsform der AG und der GmbH zuzulassen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die AG und die GmbH seit Anbeginn des Auftretens dieser Vereinigungsformen in Deutschland keineswegs auf den Bereich des Handelslebens beschränkt worden sind. Zunächst dienten sie dazu, überhaupt ein einheitliches Vereinigungsrecht für das gesamte deutsche Gebiet zu schaffen. Heute haben sie die Aufgabe, der Praxis neben dem Vereinsrecht des BGB eine Möglichkeit für Vereinigungen zu einer juristischen Person zu geben, wenn die Rechtsform des Vereins nicht eingreifen kann, untunlich ist oder aus sonstigen Gründen nicht gewählt wird. Der Verein einerseits und

---

1) Vgl. den entsprechenden Artikel in der FAZ vom 17. August 1973 (S. 13), die Dissertationen von W. Müller und Lach sowie die Ausführungen von Sandberger/Müller-Graff (ZRP 1975, 1 ff).

2) BT Drucks VI/2047 vom 1. April 1971; Einzelheiten dazu siehe im Artikel der FAZ und bei Sandberger/Müller-Graff (ZRP 1975, 1, 6). Vgl. auch den Artikel in der FAZ vom 23. Juni 1976 (Seite 14).

3) Näheres dazu bei Raisch (Festschrift für Knur, S. 165 ff) und Sandberger/Müller-Graff (ZRP 1975, 1, 5 f).

4) Vgl. aber auch den Artikel in der FAZ vom 23. Juni 1976 (Seite 14).

die historisch ältere Zivil-AG bzw. Zivil-GmbH sind geschichtlich nacheinander gewachsen. Beide schließen sich nicht gegenseitig aus; sie bilden zusammen die Rechtsformen für nichtgewerbliche Zusammenschlüsse zu juristischen Personen, allerdings einmal auf dem Gebiet des BGB (Verein) und zum anderen auf dem Gebiet des Handelsrechts (Zivil-AG, Zivil-GmbH).

Zusammengefaßt läßt sich sagen, daß das Vereinsrecht des BGB nicht für alle im Rechtsleben vorkommenden Fallgegebenheiten ausreicht. Oft ist zum Erreichen bestimmter Ziele dessen Rechtsform unzweckmäßig und ungeeignet. Vielfach scheidet sie vollkommen aus, so daß selbst die idealste Vereinigung die Rechtsqualität einer juristischen Person nur als Zivil-AG oder Zivil-GmbH erlangen kann. Im Gegensatz etwa zur Genossenschaft fehlt bei der GmbH und in eingeschränktem Umfang bei der AG eine genaue gesetzliche Typenprägung, so daß eine weitgehende Anpassung an die Verhältnisse des Einzelfalles erfolgen kann. Mißbräuche haben sich bei der Zivil-GmbH[1] und Zivil-AG nicht ergeben. Die Interessen dritter Personen, die außerhalb der Gesellschaften stehen, sind sogar im Vergleich zum Verein verbessert. Denn bei diesem brauchen keine Satzungsvorschriften zur Bildung und zur Sicherung des Vereinsvermögens zu bestehen. Aus allen diesen Erwägungen ist der Begründung zum RegEGmbHG zuzustimmen[2], daß weder jetzt noch künftig die Praxis der Rechtsform der Zivil-GmbH entbehren kann. Das gleiche gilt für die Zivil-AG. Das vom Gesetzgeber bewußt eröffnete freie Spiel der Kräfte muß entscheiden, welche Rechtsform im Einzelfall gewählt wird. Wenn allerdings die Form der AG oder GmbH vorgezogen wird, dann ist zu beachten, daß man sich damit dem Kaufmannsrecht unterstellt und voll den Anforderungen dieses Rechtsgebiets zu genügen hat.

---

1) Loidl, S. 115; Amtliche Begründung zum RegEGmbHG, S. 83, zu § 3, am Ende.

2) Amtliche Begründung zum RegEGmbHG, a.a.O.

§ 7. Die Stellung der Zivil-AG und der Zivil-GmbH im österreichischen Recht

Von Interesse ist es, schließlich noch einen kurzen Blick auf das österreichische Recht zu werfen. Dies gebietet die nahe Verwandtschaft des österreichischen Handels- und Gesellschaftsrechts zu den entsprechenden Materien des deutschen Rechts.

Ähnlich[1] wie in Preußen entstand in Österreich die AG kurz vor der Mitte des vorigen Jahrhunderts zugleich als Erwerbs- wie Nichterwerbsgesellschaft. Sie erhielt eine erste Regelung durch ein Hofdekret aus dem Jahre 1843. An dessen Stelle trat bald das Vereinsgesetz vom 26. November 1852[2], das u.a. Vorschriften über die sogenannten Aktienvereine enthielt. Dieses Gesetz galt für alle Zivilaktiengesellschaften bis zum Jahre 1938[3], als nach dem Anschluß der ersten österreichischen Republik an das Deutsche Reich das bis heute in Österreich gültige deutsche HGB[4] und das deutsche Aktiengesetz von 1937[5] eingeführt wurden. Für einige österreichische Zivilaktienvereine gilt das Vereinsgesetz von 1852 bis zum heutigen Tage[6]. Mit der Einführung des ADHGB durch Gesetz vom 17. Dezember 1862[7] fanden auf die Handels-AG die Art. 207 ff ADHGB Anwendung. Nur sie war Handelsgesellschaft, und ihr allein wurde bei den Aktienvereinen die Kaufmannseigenschaft verliehen (Art. 5 I ADHGB)[8].

---

1) Zum folgenden siehe Pisko, S. 378.

2) Öst. RGBl. Nr. 253/1852.

3) Vgl. Pisko, a.a.O.; Staub-Pisko, Art.5, Anm. § 2; Bondi und Lenhoff in Staub-Pisko, Allg. Einleitung zum dritten Titel, Anm. 3.

4) Art. 1 der 4. Einführungsverordnung vom 24. Dezember 1938 (RGBl. I S. 1999).

5) Siehe im einzelnen Kastner, S.3.

6) Kastner, S.2.

7) Öst. RGBl. Nr. 1/1863.

8) Staub-Pisko, Art.4, Anm. § 1; Bondi und Lenhoff in Staub-Pisko, a.a.O. .

Mit dem Ausscheiden aus der deutschen Rechtsgemeinschaft nach dem Deutschen Krieg von 1966 entfiel für Österreich das Problem der Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Privatrechts. Es besaß mit dem ADHGB und dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (ADBGB) eine einheitliche Gesetzgebung für das Handelsrecht und das Bürgerliche Recht. Das hatte zur Folge, daß - anders als im Norddeutschen Bund - zunächst keine Bestrebungen auftraten, auch die Zivilaktienvereine in das Kaufmannsrecht einzubeziehen. Die Nachteile im Recht der Erwerbszivilaktiengesellschaften[1] wurden allerdings ebenso wie in Deutschland im Verlauf der Zeit mehr und mehr empfunden. Man half sich dadurch, daß man unter Hintanstellung der gesetzlichen Vorschriften die größeren Erwerbszivilaktiengesellschaften, z.B. Elektrizitätswerke, im Handelsregister bei den Handelsgesellschaften eintrug[2] und sie als solche behandelte.

Erst in der ersten österreichischen Republik kam es zu einer Lösung des Problems der Erwerbszivilaktiengesellschaften. Durch die Handelsgesetznovelle vom 16. Februar 1928[3] wurde Art. 4 ADHGB neu gefaßt und auf drei Absätze erweitert. Die Absätze 1 und 3 entsprechen wörtlich den §§ 1 I, 2 HGB; der Absatz 2 des Art. 4 ADHGB wurde in seinem Inhalt § 1 II HGB angepaßt[4]. Durch ein Versehen des Gesetzgebers wurde es unterlassen, diese nach dem deutschen HGB erfolgte Änderung des Kaufmannsbegriffs auf den Wortlaut des Art. 5 I ADHGB zu übertragen. Dennoch war man sich in Rechtsprechung und Lehre darüber einig, daß der neue, auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ausgerichtete Kaufmannsbegriff auch für die Verleihung der Kaufmannseigenschaft nach Art. 5 I ADHGB zu gelten habe[5].

---

1) Vgl. oben, S. 106 ff.
2) Pisko, S. 378, FN 1.
3) Öst. BGBl. Nr. 63/1928.
4) Staub-Pisko, Art. 5, Anm. § 2, m.w.N. .
5) Staub-Pisko, Art. 4, Einleitung.

Diese Vorschrift war so zu lesen, als wenn in ihr stünde[1]:

> "Die in betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Aktiengesellschaften, deren Unternehmen im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht".

Damit wurden die Probleme der Rechtssicherheit bei der Erwerbszivil-AG durch deren Einbeziehung in die Handelsgesellschaften und die Verleihung der Kaufmannseigenschaft gelöst. Wie nach dem HGB waren abgesehen von den landwirtschaftlichen Nebenbetrieben (§ 3 II HGB) alle Erwerbsaktiengesellschaften dem Handels- und Kaufmannsrecht unterstellt. Bei den Zivilaktienvereinen verblieb es dabei, daß ihnen nicht die Kaufmannseigenschaft verliehen wurde und auf sie entsprechend der Natur der Sache als nichtkaufmännischen Vereinigungen das Vereinsgesetz von 1852 und das ADBGB anzuwenden waren.

Als man nach dem 2. Weltkrieg daran ging, die von 1938 bis 1945 in Österreich eingeführten und nach 1945 weitergeltenden deutschen Gesetze auf ihre fernere Beibehaltung zu überprüfen, entschloß man sich bezüglich des Aktienrechts, es weitgehend bei dem deutschen AktG von 1937 zu belassen[2]. Es erfolgte keine Aktienreform, sondern nur eine Anpassung an die österreichische Rechtsordnung. Es blieb daher beim Wortlaut des § 3 AktG 1937, der als § 3 des Bundesgesetzes vom 31. März 1965 über die Aktiengesellschaften (Aktiengesetz von 1965)[3] nunmehr in Österreich gilt. Erst der Einfluß des deutschen Rechts verursachte also die Aufhebung der Unterscheidung zwischen der Handels-AG und der Zivil-AG. Die heutige h.M.[4] in Österreich beschäftigt sich mit der Unterstellung der Zivilaktienvereine unter das Kaufmannsrecht kaum noch und geht wie die deutsche

---

1) Nach Staub-Pisko, a.a.O. .

2) Zum folgenden siehe Kastner, S. 3 ff.

3) Öst. BGBl. Nr. 98/1965.

4) Z.B. Loser-Schiemer-Stadler, § 3, Anm. 1; Hämmerle, S. 82.

h.M. davon aus, jede AG unterstehe allen kaufmännischen Rechten und Pflichten unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand.

Im österreichischen GmbH-Recht hat man diese Meinung unter dem Einfluß des deutschen Rechts von vornherein vertreten. Das österreichische GmbHG vom 6. März 1906[1], das bis auf geringfügige Änderungen bis heute Gültigkeit hat, lehnt sich stark an das deutsche GmbHG von 1892 an[2]. Es ähnelt von allen ausländischen GmbH-Gesetzen diesem Gesetz am stärksten und ist ihm zum großen Teil bis in den Wortlaut hinein angeglichen[3]. Bis auf wenige Ausnahmen[4] kann die GmbH zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden (§ 1 östGmbHG). Nach § 61 II 1 östGmbHG "ist" die GmbH Handelsgesellschaft i.S. des Handelsgesetzbuches. Sie ist damit immer Kaufmann, und zwar Vollkaufmann, gleichgültig ob es sich um eine Zivil-GmbH oder um eine Handels-GmbH handelt[5]. Ihre Geschäfte sind stets Handelsgeschäfte i.S. der §§ 343 ff HGB[6].

Anders als im heutigen österreichischen Aktien- und GmbH-Recht ist jedoch der Einfluß der deutschen Gesetzesentwicklung auf das österreichische Genossenschaftsrecht gering gewesen. Hier ist im wesentlichen die Eigenständigkeit bis heute erhalten geblieben. Deshalb ist es interessant, wie in Österreich das Problem der Verleihung der Kaufmannseigenschaft an die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gelöst wurde. Auf diese findet das Gesetz vom 9. April 1873[7] Anwendung, das bis heute fast unverändert gilt. Nach dessen § 13 "gelten" die Genossenschaf-

---

1) Öst. RGBl. Nr. 58/1906.

2) Pisko, S. 422.

3) Schilling in Hachenburg, (6. Aufl.), Allg. Einleitung, Anm. 39.

4) Vgl. auch die Einschränkungen bei der Gründung bestimmter GmbHs durch Beibehalten des Konzessionssystems (§ 3 II östGmbHG).

5) Pisko, S. 426; Hämmerle, S. 168.

6) Hämmerle, a.a.O., m.w.N. .

7) Öst. RGBl. Nr. 70/1873.

ten nur dann als Kaufleute, wenn ihr Unternehmen den Betrieb eines Handelsgewerbes nach § 1 II, 2 HGB zum Gegenstand hat. Ursprünglich hatte es während der Geltung der alten Fassung des ADHGB geheißen, allein die Genossenschaften unterlägen den Bestimmungen des Kaufmannsrechts, deren Unternehmen Handelsgeschäfte (Art. 271 f ADHGB) zum Gegenstand hätten. Hinsichtlich der Firmenvorschriften des HGB (§ 4 östGenG) und der kaufmännischen Buchführungspflichten (§ 22 östGenG) werden allerdings alle Genossenschaften gleich behandelt. Ebenso besteht mit dem zur Eintragung aller Genossenschaften bestimmten Genossenschaftsregister (§§ 6 f östGenG) eine für alle Vereinigungen dieser Art geltende gleichartige Einrichtung.

Es ergibt sich also, daß man in Österreich, das mit dem ADHGB dieselbe Ausgangslage wie Deutschland bei der Kodifizierung des Kaufmannsrechts hatte, eigenständige Lösungen bei der Frage der Kaufmannseigenschaft der AG und der Genossenschaft gefunden hat. Die entsprechenden Regelungen richteten sich danach, ob ein Handelsgewerbe Gegenstand des Unternehmens war oder nicht. Man ging davon aber erstmals im östGmbHG ab und übernahm die deutsche Lösung einer Verleihung der Kaufmannseigenschaft auf alle GmbHs. Bei der AG erfolgte diese Regelung zunächst nur bei den Erwerbszivilaktiengesellschaften, um dann über § 3 des deutschen AktG 1937 auf alle Aktiengesellschaften ausgedehnt zu werden. Diese Vorschrift behielt man im österreichischen Aktiengesetz 1965 bei, wobei allerdings in der amtlichen Begründung keine näheren Erläuterungen dazu erfolgten. In Österreich wie in Deutschland ist daher der heutige Rechtszustand bezüglich der handelsrechtlichen Stellung einer AG oder GmbH dadurch gekennzeichnet, daß jede Gesellschaft dieser Art unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand voll dem Kaufmannsrecht unterstellt ist.

L e b e n s l a u f

Am 8. August 1940 wurde ich als ältester Sohn des 1976 verstorbenen Dr.-Ing. Wolfgang von Ohnesorge und seiner Ehefrau Sigrid, geb. von Bünau, in Dresden geboren. Nach Kriegsende floh die elterliche Familie in die damalige Britische Besatzungszone.

Nach vier Jahren Volksschule besuchte ich ab 1951 die Höhere Schule und legte Ostern 1960 am humanistischen Dreikönigsgymnasium zu Köln die Reifeprüfung ab. Im Anschluß daran leistete ich zwei Jahre Wehrdienst.

Von 1962 bis 1966 studierte ich die Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Vor dem Oberlandesgericht Köln bestand ich im März 1967 die erste juristische Staatsprüfung. Im Herbst 1967 trat ich in den Referendardienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein und legte im Dezember 1970 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Von 1971 bis Sommer 1973 war ich als Assistent im Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster tätig. Seit Herbst 1973 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen und ab April 1976 Mitarbeiter einer Versicherungsgesellschaft in Frankfurt/Main.

Seit April 1975 bin ich verheiratet mit Clarissa Reichsgräfin von Merveldt.